

MAX WEBER

ECONOMÍA Y SOCIEDAD

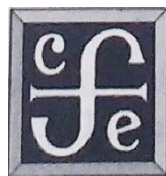
Esbozo de sociología comprensiva

Edición preparada por

Johannes Winckelmann

Nota preliminar de

José Medina Echavarria



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

MEXICO ARGENTINA BRAZIL CHILE COLOMBIA ESPAÑA
ESTADOS UNIDOS GUATEMALA PERÚ VENEZUELA

Primera edición en alemán, 1922
Cuarta edición en alemán, 1956
Primera edición en español, 1944
Segunda edición en español,
de la cuarta edición en alemán, 1964
Primera reimpresión en FCE-España, 1993
Segunda reimpresión en FCE-ESPAÑA, 2002

Título original:

Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehender Soziologie

© 1922, I.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga

DR. © 1944, 1964 FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Carretera Picacho-Ajusco, 227. 14200 México, D.F.

www.fce.com.mx

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA DE ESPAÑA, S.L.

Fernando el Católico, 86. 28015 Madrid

www.fcde.es

I.S.B.N: 84-375-0374-4

Depósito Legal: M-6.906-2002

Impreso en España

VII. ECONOMÍA Y DERECHO (SOCIOLOGÍA DEL DERECHO)

1. La diferenciación de los campos jurídicos objetivos

"Derecho privado" y "derecho público". "Derecho creador de pretensiones" y "reglamento". "Gobierno" y "administración". "Derecho penal" y "derecho civil". "Antijuricidad" y "delito". "Imperium". "Extralimitación" y "división de poderes". "Derecho" y "proceso". Las categorías del pensamiento jurídico racional.

Una de las distinciones más importantes establecidas por la teoría y la práctica jurídicas actuales es la que se refiere a los derechos "privado" y "público".

Pero no existe unanimidad en cuanto al criterio de distinción.

1) El derecho público puede definirse, desde el punto de vista sociológico, como el conjunto de normas que, de acuerdo con el sentido atribuido a las mismas por el ordenamiento jurídico, rigen la actividad relativa al instituto estatal,* es decir, a la conservación, desarrollo y ejecución directa de los fines estatales estatuidos o "consensualmente" ** establecidos. El derecho privado podría definirse como el sistema de normas que, de acuerdo con el sentido atribuido a éstas por el ordenamiento jurídico, regulan la conducta no referida al instituto estatal. Debido a su carácter no formal, tales distinciones parecen ofrecer graves dificultades de orden técnico; pero en realidad sirven de base a casi todas las teorías elaboradas sobre el propio tema.

2) La distinción anterior es a veces mezclada con esta otra: El derecho público — afirmase— podría identificarse con la totalidad de los "reglamentos", es decir, con las normas que, de acuerdo con su sentido jurídico auténtico, sólo contienen indicaciones dirigidas a los órganos del Estado, mas no estatuyen los derechos subjetivos "adquiridos" de los particulares. A diferencia del público, el derecho privado sería una ordenación de las "presentaciones jurídicas", o un conjunto de normas creadoras de derechos subjetivos. Habría que empezar sin embargo, por entender correctamente dicha oposición. Pues también las normas del derecho público pueden crear derechos subjetivos públicos en favor de los individuos, como, por ejemplo, las referentes a la elección presidencial, ya que implican la existencia del derecho de elector. Sólo que este derecho subjetivo "público" no es considerado en la actualidad como "adquirido", en el mismo sentido que, verbigracia, la propiedad; pues, en principio, la segunda se reputa intocable, razón por la cual el legislador la reconoce. Desde el punto de vista jurídico, los derechos subjetivos públicos valen, en realidad, como atribuciones del individuo, en ejercicio de las cuales puede actuar como órgano para la realización de ciertos fines del Estado, claramente limitados. A pesar de la forma que tales derechos asumen, podemos considerarlos como meros "reflejos" de un reglamento, más que como emanación de ordenamientos objetivos de pretensiones jurídicas. Por otra parte, ni con mucho todas las pretensiones consideradas por nosotros en el párrafo primero como derecho privado, son derechos subjetivos "adquiridos". Incluso el contenido que en cada caso se otorgue al derecho de propiedad puede tomarse por un simple

"reflejo" del ordenamiento jurídico; pues el problema que consiste en determinar si un derecho vale o no como "adquirido" se reduce casi siempre, en el terreno práctico, a investigar si su desconocimiento puede tener como consecuencia una pretensión jurídica dirigida al logro de una indemnización. Pudiera acaso afirmarse que de acuerdo con su sentido jurídico todo el derecho público es reglamento, aun cuando no todo reglamento cree exclusivamente derecho público. Lo dicho no tendría validez, sin embargo, para los sistemas en que el poder político ostenta el carácter de un derecho patrimonial "adquirido" del monarca, o para aquellos en que, por el contrario, hay ciertos derechos políticos subjetivos de los ciudadanos, reputados como inalienables en el mismo sentido que los "adquiridos".

(Atendiendo, verbigracia, a razones de "derecho natural".)

3) La distinción podría, por último, formularse en estos términos: en las situaciones de derecho privado concurren diversas personas colocadas "jurídicamente en el mismo plano", a fin de que sus respectivas esferas sean delimitadas. Tal delimitación constituye el sentido "auténtico" de la actividad del legislador, del juez, o de las mismas partes interesadas (a través del "negocio jurídico"). En las situaciones de derecho público, en cambio, frente a un sujeto que desde el punto de vista jurídico aparece como portador preeminente de poder, con facultad de mando, encontramos un conjunto de personas que, de acuerdo con las normas del derecho, se encuentran sometidas al primero. Sólo que no todo órgano del estado tiene autoridad, ni la actividad de los órganos estatales regulada por el derecho público es siempre de mando. Por otra parte, la reglamentación de las relaciones entre varios órganos, es decir, entre diversos portadores de poder de igual rango, representa, incuestionablemente, la esfera interna propia del derecho público. Y, todavía, a la esfera de la actividad regulada en forma "jurídico-pública" deben referirse no sólo las relaciones inmediatas entre las autoridades y los súbditos, sino igualmente, las actividades de estos últimos, cuando tienen como fin el nombramiento o control de aquellas. Pero entonces tal distinción concuerda en gran parte con la primera de las ya examinadas, para la que no todo poder de mando, ni todas las relaciones de los titulares del poder y los súbditos son de derecho público. El vínculo existente entre patrono y trabajador no lo es, porque deriva de un "contrato" concluido entre personas que —al menos formalmente— se encuentran situadas en un "plano de igualdad". Tampoco la autoridad del padre de familia es de derecho público, por la sencilla razón de que únicamente el estado pasa por ser la fuente del poder legítimo y, además, porque sólo tiene relevancia "jurídico-pública" la actividad que, según el sentido atribuido a la misma por el orden jurídico, se orienta hacia la conservación del instituto estatal y a cuidar de aquellos intereses que toma en administración. Hasta ahora no se ha podido establecer con firmeza cuál es el criterio que ha de aplicarse para determinar esos intereses. Hay que tener en cuenta, sobre todo, la posibilidad de que un campo de intereses sea estatuido en tal forma que la creación de pretensiones jurídicas privadas y el establecimiento de poderes de mando u otras funciones orgánicas coexistan relativamente a una misma situación.

De lo anterior podemos concluir que la delimitación de las respectivas esferas del derecho público y el derecho privado no es todavía uniforme. En épocas pretéritas lo era menos aún. La posibilidad de establecer una distinción puede incluso faltar por completo. Tal cosa ocurre cuando los derechos y las atribuciones, especialmente en lo que atañe al poder de mando, tienen por sí mismos el carácter de privilegios personales (o "prerrogativas", como

suele decirse en relación con el jefe del estado). La facultad de fallar una determinada causa, la de llamar a las armas o la de exigir en cualquier forma obediencia a ciertas personas, representan en tal hipótesis derechos subjetivos "adquiridos" y, eventualmente, pueden ser objeto de un negocio jurídico, una enajenación o una transmisión hereditaria, como lo es, verbigracia, la facultad de aprovechar un pedazo de tierra. El poder político no tiene en este caso una estructura jurídica de instituto, sino que se constituye mediante socializaciones* y compromisos concretos entre los diferentes titulares y pretendientes de las facultades subjetivas de mando. El poder político de mando no difiere entonces esencialmente del que ejercen el señor de la casa —*dominus*—, el señor territorial o el corporal. ** En todos estos poderes descubrimos un rasgo común: el "patrimonialismo". Todo lo que corresponde a nuestro derecho "público" constituye, de acuerdo con aquella concepción y hasta donde la misma llega (pues nunca ha sido desenvuelta con rigor absoluto), el objeto de un derecho subjetivo de los titulares concretos del poder, en la misma forma que una pretensión jurídica privada.

Pero la formación del derecho puede asumir un carácter enteramente opuesto y en tal caso no es posible hablar de derecho "privado" relativamente a muchas de las manifestaciones a las que correspondería esta denominación, en el último de los sentidos en que fue empleada por nosotros. Tal cosa ocurre cuando faltan las normas objetivas que estatuyen pretensiones jurídicas o, expresado en otro giro: cuando la totalidad de las normas vigentes posee, jurídicamente, carácter de "reglamento", y los intereses privados no son pretensiones subjetivas garantizadas, sino que tienen solamente en su favor la probabilidad de una protección derivada en forma "refleja" de la reglamentación en vigor. Hasta donde esta situación llega (y tampoco ha prevalecido de manera universal) todo derecho se reduce a un fin de la administración: el gobierno. El concepto de "administración" no pertenece exclusivamente al derecho público. Hay administración privada, la de la propia hacienda o la de una empresa lucrativa, por ejemplo, y pública, o sea la que es realizada por órganos institutales del estado o por otros legitimados por éste, es decir, por institutos públicos heterónomos. En el sentido más amplio, el círculo de la administración "pública" encierra tres clases de tareas, a saber: creación del derecho, aplicación del mismo y lo que queda de la actividad de los institutos públicos después de separar aquellas dos esferas: lo que llamaremos "gobierno". El "gobierno" puede hallarse ligado a normas jurídicas y estar limitado por derechos subjetivos adquiridos. Esto es común al "gobierno" con la creación del derecho y la aplicación del mismo. Pero hay que distinguir: 1. Un aspecto positivo: el fundamento de legitimidad de sus atribuciones. El gobierno moderno se desenvuelve sobre la base de una "competencia" legítima que, desde el punto de vista jurídico, descansa, en última instancia, en un poder concedido por las normas "constitucionales" del instituto estatal. Mas en esta sujeción al derecho vigente y limitación por dere-

chos subjetivos adquiridos, encontramos también: 2. Un aspecto negativo: los límites de su libertad de movimiento, con los que no puede dejar de contar. Pero su esencia específica radica precisamente, en el aspecto positivo, en que no sólo tiene por objeto el respeto o la realización del derecho objetivo vigente porque vale como tal y sirve de fundamento a los derechos subjetivos adquiridos, sino también la realización de otros fines de índole material: políticos, morales, utilitarios, o de cualquiera otra clase. Desde el punto de vista del "gobierno", los particulares y sus intereses son, según el sentido jurídico, fundamentalmente objetos, no sujetos jurídicos. En el estado moderno existe precisamente la tendencia a aproximar entre sí, desde el punto de vista formal la aplicación del derecho y la "administración" (en el sentido de "gobierno"). Porque en el ámbito de la actividad judicial suele imponerse al juez actual, en parte por medio de normas jurídicas, en parte también doctrinalmente, la obligación de resolver las controversias de que conoce atendiendo a principios materiales: moralidad, equidad, conveniencia, etc. Y, por otra parte, la organización del estado en la actualidad concede al particular, que en principio sólo es objeto de la "administración", determinados recursos para proteger sus intereses frente a la misma, medios que, formalmente al menos, son del mismo tipo que los que la aplicación del derecho implica. Aludimos a la "jurisdicción administrativa". Todas estas garantías no destruyen, sin embargo, la mencionada oposición fundamental entre aplicación del derecho y "gobierno". Por otra parte, la creación del derecho, su establecimiento se aproxima al "gobierno" cuando, renunciando a la libre decisión en cada caso, crea reglamentos generales sobre la forma de solución de negocios típicos, lo que ocurre también, en cierto grado, incluso cuando no se siente vinculado a los mismos. Pues tal vinculación se considera como lo normal, lo esperado de ella, en tanto que la actitud contraria suele ser considerada como algo "arbitrario" y, al menos "convencionalmente",* es censurada siempre.

El titular originario, primordial, de toda "administración" es la autoridad doméstica. Los sometidos al poder dominical carecen en un principio de derechos subjetivos y las normas objetivas reguladoras de la conducta del señor para con aquellos aparecen como meros reflejos heterónomos** de las limitaciones sacras impuestas a su acción. En un principio coexisten también la administración, ilimitada en principio, del jefe de la comunidad doméstica, por una parte, y el procedimiento arbitral entre los clanes, basado en un convenio sobre expiaciones y pruebas, por otra. Sólo en este caso se trata de "pretensiones", es decir, de derechos subjetivos, y se dicta el fallo correspondiente. Sólo en este caso encontramos —pronto veremos por qué causas— formas fijas, términos, reglas sobre apreciación de pruebas, en una palabra, un procedimiento "jurídico" incipiente. El procedimiento del señor doméstico nada sabe de todo esto en el ámbito de su autoridad. Representa también la forma primitiva de "gobierno", y de "administración" de justicia. Ambas se distinguen por razón de su esfera. La antigua justicia romana solía detenerse en el umbral del hogar. Pronto veremos cómo, rebasando sus primitivos límites, el principio de la autoridad doméstica es transferido a ciertas clases del

poder político, el principado patrimonial, por ejemplo y, a través de éste, a la aplicación del derecho. Cuando tal cosa ocurre bórranse los límites entre creación del derecho, aplicación del mismo y gobierno. El resultado puede ser doble: o bien la actividad judicial asume formal y objetivamente el carácter de "administración" y se desenvuelve, como ésta, sin sujeción a formas y términos preestablecidos, de acuerdo con consideraciones de conveniencia y equidad, para culminar en simples decisiones o mandatos del señor dirigidos a los súbditos; o bien, por el contrario, la "administración" asume la forma del procedimiento judicial. La primera posibilidad sólo se ha realizado plenamente en casos extremos. El procedimiento "inquisitorial", así como toda aplicación de la "actuación de oficio" constituyen sólo aproximaciones a aquella forma. La segunda posibilidad se ha realizado plenamente en Inglaterra y, en parte, sigue realizándose aún. En principio, el parlamento inglés discute acerca de los *private bills*, que son actos puramente administrativos (concesiones, etc.) en la misma forma en que suele hacerse cuando se trata de "proyectos de ley". La indiscriminación de ambas esferas es característica del más antiguo procedimiento parlamentario y ha influido decisivamente en la posición del Parlamento. Nació precisamente como autoridad judicial y en Francia llegó a convertirse por completo en una autoridad de tal índole. Esta confusión de fronteras obedeció a circunstancias políticas. De acuerdo también con consideraciones de este orden y atendiendo al modelo inglés, el "presupuesto", asunto puramente administrativo, es considerado en Alemania como "ley". La oposición entre "administración" y "derecho privado" debilitase igualmente cuando la actividad de los órganos de la asociación política asume las mismas formas que las socializaciones que tienen lugar entre particulares, es decir, cuando los órganos de la asociación política celebran contratos con los particulares en cumplimiento de sus obligaciones, ya sea con miembros de la asociación o no, sobre prestaciones y contraprestaciones entre el patrimonio de la asociación y los patrimonios privados. A menudo estas relaciones se sustraen a las normas del "derecho privado" y son subordinadas a las de la "administración", con variaciones en cuanto a su contenido y en lo que concierne a la clase de garantía. Pero las pretensiones de los individuos que en aquellas intervienen, cuando tales pretensiones están garantizadas por probabilidades de coacción, no dejan por ello de ser "derechos subjetivos", por lo cual, en este sentido, la diferencia es únicamente de orden técnico. De todos modos, resulta incuestionable que tal diferencia puede adquirir una importancia práctica considerable. Pero referir exclusivamente al (antiguo) "derecho privado" romano las pretensiones que había que ejercitar por medio del procedimiento ordinario de jurados sobre la base de la *lex*, y no los derechos sujetos al conocimiento y decisión de los magistrados, derechos a los que en una época correspondió prácticamente una significación económica mucho mayor, implica un total desconocimiento de la estructura general de aquel sistema.

La autoridad de magos y profetas y, en ocasiones, el poder de los sacerdotes, en cuanto su fuente sea una revelación concreta, pueden hallarse tan exentos de limitaciones impuestas por derechos subjetivos y normas objetivas, como el primitivo poder del jefe doméstico. En parte hemos hablado ya de

esto y habremos de hablar todavía. La fe mágica es una de las fuentes originarias del "derecho penal", en oposición al "civil". La distinción que en la actualidad suele establecerse relativamente a estas dos ramas del derecho es la siguiente: en el caso del derecho penal se trata de garantizar un interés público, ya sea moral o utilitario, haciendo que los órganos del Estado impongan un castigo, de acuerdo con un procedimiento establecido, al violador de determinadas normas objetivas; mientras que tratándose de pretensiones jurídicas privadas, la salvaguarda de las mismas es confiada a la víctima y la violación no tiene como consecuencia una pena, sino el restablecimiento de la situación jurídicamente garantizada. Pero esta distinción no ha sido desenvuelta todavía de un modo unívoco. La primitiva administración de justicia la desconoce por completo. Veremos cómo, incluso en etapas jurídicas en otros aspectos muy desarrolladas, toda acción era originariamente *ex delicto*, siendo totalmente desconocidas las "obligaciones" y los "contratos". El derecho chino refleja aún las huellas de ese estadio tan importante en el desenvolvimiento de todo sistema jurídico. Cualquier ataque a las pretensiones del propio clan sobre la inviolabilidad de la persona y de los bienes por parte de individuos ajenos a él, exige, en principio, el restablecimiento del derecho o la expiación, y la realización de esta finalidad incumbe primitivamente, con la ayuda del clan, al sujeto lesionado. El procedimiento expiatorio entre los clanes es ajeno en un principio a la distinción entre el delito que exige una venganza y la infracción jurídica condicionante del deber de reparación. Y cuando tal distinción se admite es sólo en forma rudimentaria. La indiscriminación entre las simples pretensiones que tienden a la reparación de un daño o, como nosotros diríamos, "pretensiones de derecho civil", y la exigencia de un castigo, bajo el concepto unitario de "expiación", se explica atendiendo a dos peculiaridades del derecho y la coacción jurídica primitivos: 1. En primer lugar, la falta de un análisis de la noción de "culpa" y de los "grados de culpabilidad", en relación con la "intención" del delincuente. El hombre sediento de venganza no toma en cuenta el motivo subjetivo, sino que se preocupa solamente por el resultado objetivo de la conducta de la conducta ajena, que excita y domina sus sentimientos y provoca en él la necesidad de vengarse. Su ira desencadenase sobre objetos que inesperadamente le causan daño o sobre el animal que le ha inferido una lesión. (Éste era el prístino sentido de la *actio de pauperie* romana: hacíase responsable al propietario de la bestia que no se conducía como era debido. Sucedió lo propio en el caso de la *noxae datio* de animales, para fines de venganza.) Y del mismo modo contra los hombres que le han ofendido, ya sea involuntariamente, por negligencia, o deliberadamente. Toda injuria es un "delito" que exige una expiación, y ningún delito es algo más que una injuria que demanda un castigo. 2. Por otra parte, el mismo carácter de las "consecuencias jurídicas", de la "sentencia" y la "ejecución" —como diríamos nosotros— tiende a evitar el establecimiento de una distinción entre las sanciones civiles y penales. En un principio, esas consecuencias jurídicas son siempre las mismas, ya se trate de una disputa sobre un pedazo de tierra o de un asiento. Originariamente no existe la ejecución de la sentencia "de oficio" ni siquiera, muchas veces, cuando se trata de procedimientos expiatorios más o menos estrictamente

regulados. Se confía en que la autoridad de la sentencia obtenida de los poderes sobrenaturales o divinos por medio de oráculos, recursos mágicos, juramentos e invocaciones, logrará siempre imponerse, ya que se encuentra garantizada por el temor de un maleficio y la convicción de que cualquier desacato constituye un horrendo crimen. Y cuando a consecuencia de ciertos desarrollos de orden militar que pronto mencionaremos, el procedimiento expiatorio asume la forma de un proceso jurídico que se desenvuelve ante una comunidad de compañeros que intervienen como "circunstantes" en el establecimiento del fallo —según se estilaba entre los germanos en cierta época histórica—, la presencia de los compañeros tiene, entre otras consecuencias, la de que, una vez dictada una sentencia no impugnada o impugnada infructuosamente, ninguno de los presentes puede estorbar su ejecución. Pero el favorecido por la sentencia sólo podía esperar esta actitud pasiva. Cuando el fallo no era inmediatamente acatado, el ganancioso debía conseguir el cumplimiento ayudado por su clan. Entre los germanos y en Roma también, la cooperación del grupo realizábase normalmente —ya se tratara de una disputa acerca de un terreno o de un crimen— mediante el secuestro de la parte condenada, a quien se retenía hasta que era cumplida la sanción señalada en la sentencia o establecida a posteriori por un pacto. El imperium del príncipe o del magistrado procede, por el interés político de la paz, en contra de aquel que estorba la ejecución del fallo, castigando la resistencia del condenado con diversas desventajas jurídicas que podían llegar hasta la proscripción o pérdida de la paz, poniendo más tarde a disposición del ofendido varios aparatos oficiales directamente destinados a la ejecución. Todo ello ocurrió en un principio sin que se hubiera llegado a establecer una distinción entre los procedimientos de orden "civil" y "criminal". Esta total indiferenciación primitiva se deja sentir todavía en los derechos que, bajo la influencia de magistrados honorarios (*honorarios*) especiales, * conservan por mayor tiempo elementos de continuidad de la vieja justicia expiatoria y se hallan más exentos de "burocratización", como, por ejemplo, el romano y el inglés. Tal influjo de revela en la repudiación de la "ejecución real", que tiende a la restitución de objetos determinados. Tratándose, verbigracia, de una acción relativa a un bien raíz, la condena se traduce, fundamentalmente, en una obligación pecuniaria. Ésta no es una consecuencia de una avanzada etapa del desenvolvimiento del mercado, que hubiera enseñado a referir todo al dinero, como a un denominador común, sino resultado del principio primitivo según el cual lo que no es conforme a derecho, por ejemplo, determinada posesión, exige una expiación y obliga al individuo a responder con su persona. En el continente, la ejecución real fue restablecida relativamente pronto, a principios de la Edad Media, paralelamente al acrecentamiento del poder de los príncipes. Son bien conocidas las curiosas ficciones a que el procedimiento inglés tuvo que recurrir, incluso en las épocas más recientes, a fin de hacerla posible en relación con bienes raíces. El hecho de que en Roma perdurara la condena pecuniaria en vez de la ejecución real, debe explicarse, según veremos más tarde, como resultado del general agotamiento de la actividad oficial, de-

bido, como se verá, al creciente dominio de los magistrados honorarios (honoratiores) o notables.

La circunstancia de que en un principio toda acción fuera considerada fundamentalmente como consecuencia de un crimen del acusado y no sólo de una violación jurídica objetiva, influyó también de un modo profundo en el derecho material. Todas las "obligaciones", sin excepción, eran originariamente 'obligaciones provenientes del delito'. Después veremos cómo las obligaciones contractuales fueron construidas primeramente como si se tratara de obligaciones de carácter delictivo, pudiendo señalarse el hecho de que, todavía durante la Edad Media, en Inglaterra aquellas obligaciones eran enlazadas a delitos ficticios. La anterior circunstancia, unida a la falta de la idea de un "derecho sucesorio", nos permite entender por qué en un principio las deudas no pasaban al "heredero" como tal. La responsabilidad de éste por deudas de origen contractual sólo pudo construirse gracias a la admisión de la responsabilidad solidaria de los miembros del mismo clan, primeramente; luego los miembros de la comunidad doméstica, y de los súbditos o los dueños del poder. El principio, en apariencia imprescindible para el comercio actual: "una mano debe guardar a la otra" —es decir, la protección del adquirente de buena fe contra la reclamación del propietario— derivó directamente de la regla fundamental según la cual sólo se tenía una acción *ex delicto* contra el ladrón o el encubridor. Tal principio corrió suertes muy diversas en los diferentes sistemas del derecho, debido al desarrollo de las acciones nacidas de contrato y a la distinción de las acciones en "reales" y "personales". Los derechos romano antiguo e inglés, así como el indo, relativamente más racionalizado que el chino, hicieron a un lado aquel principio en favor de la *vindicatio*. En los derechos de China y la India se restauró de nuevo, de una manera racional, en interés de la seguridad del comercio y de las compraventas en el mercado público. El hecho de que el mismo principio no tuviera vigencia en los derechos romano e inglés, a diferencia de lo que ocurría en el alemán, constituye un buen ejemplo de la adaptación de los intereses del tráfico a ordenamientos jurídico-materiales de muy diverso tipo, y revela la amplia legalidad autónoma propia del desenvolvimiento jurídico.

También el *malo ordine tenes* de acciones relativas a tierras en el derecho franco ha sido interpretado —no sabemos con qué razón— en función de la idea de que detrás de cada proceso debe haber un delito. De todos modos, lo cierto es que tanto la dual *vindicatio* romana como la *diadikasia* helénica y las acciones reales germánicas, construidas de manera tan distinta, nos permiten concluir que, en estos casos, en que primitivamente se trataba de la cuestión de la pertenencia a la comunidad del compañero (fenites quiere decir compañeros; *κλῆρος* significa participación de compañero) legitimado en virtud de la posesión del suelo, regían principios jurídicos especiales. Así como en un principio no hay, propiamente hablando, una ejecución oficial de los fallos, los delitos tampoco son perseguidos "de oficio". En el seno de la comunidad doméstica, por otra parte, el castigo deriva del poder doméstico del señor (dominus). Los conflictos entre individuos pertenecientes a un mismo clan son resueltos por los ancianos. En todos estos casos, tanto el fundamento como la clase y medida de los castigos dependen del arbitrio de los que deten-

tan el poder, razón por la cual no existe, propiamente hablando, un "derecho penal". Éste se desarrolló, si bien de manera incipiente, extramuros de la comunidad doméstica, en aquellos casos en que la conducta del sujeto dañaba en la totalidad de sus miembros a una comunidad vecinal, a un clan o a una asociación política de la que el propio sujeto formaba parte. Esto podía suceder principalmente a consecuencia de dos clases de crímenes: religiosos o militares. La primera posibilidad de realizaba cuando una norma mágica, un tabú, por ejemplo, era violada, provocando la ira de los poderes, espíritus o dioses mágicos, y dando origen a que cayera un maleficio, no sólo sobre el infractor, sino sobre la comunidad que lo soportaba en su seno. En estos casos los magos o los sacerdotes hacían que sus compañeros lo expulsaran del grupo (pérdida de la paz) o lo lincharan (recuérdese la lapidación entre los judíos). Otras veces lo sometían a un procedimiento expiatorio de orden religioso. El sacrilegio constituye una de las fuentes principales de lo que podríamos llamar el "castigo interno" en oposición a la "venganza" externa entre los diversos clanes. La segunda fuente fundamental del "castigo interno" es de orden político y, originalmente, de índole militar. El que amenazaba la seguridad de la organización defensiva del grupo, ya fuera traicionándola, o bien, una vez que se establecieron los combates disciplinados, por faltas a la disciplina o por cobardía, quedaba sujeto a la reacción punitiva del jefe guerrero y del ejército, una vez que, mediante un procedimiento sumarísimo, el hecho punible era comprobado.

De la venganza parte principalmente el camino que conduce en línea recta al establecimiento de un "proceso penal" sujeto —veremos después por qué causas— a reglas y formas fijas. La relación dominical, religiosa o militar, contra delitos, casi no se halla ligada, en un principio, a formalismos y preceptos determinados. Tratándose del poder dominical la situación siguió siendo, en general, la misma.

Es cierto que en determinadas circunstancias —primeramente por intervención del poder del clan y luego de las fuerzas religiosas y militares— el poder dominical tropezaba con ciertas limitaciones; pero, dentro de su propio ámbito, sólo en casos aislados se hallaba sujeto a reglas de carácter jurídico. En cambio, los primitivos poderes extradomésticos, incluyendo el "patrimonial de los príncipes" —poder de tipo doméstico aplicado a las relaciones no domésticas— es decir, todos los poderes extrafamiliares que agrupamos bajo la denominación común de imperium, fueron sometiéndose paulatinamente, aun cuando en proporciones muy diversas, a principios y normas. Por el momento no discutiremos el origen de éstos, ni hasta qué punto eran establecidos por el titular del imperium en su propio interés o atendiendo a las limitaciones de hecho impuestas por la obediencia de los destinatarios, ni si los recibían, ya formulados, de otros poderes. Todas estas cuestiones serán examinadas a su debido tiempo, cuando hablemos de la dominación. El poder de castigar, es decir, de establecer la amenaza de ciertos males para el caso de desobediencia, en vez de imponer el cumplimiento en forma directa y violenta, era normalmente en el pasado, quizá más que ahora, uno de los elementos del imperium. Aquel poder puede ejercerse sobre "órganos" subordinados al titular del imperium ("poder disciplinario") o sobre los "súbditos" ("poder penal"). Se establece así un contacto directo entre el "derecho

público" y el "penal". El "derecho público", lo mismo que el "penal", el "proceso penal" o el derecho sacro" empiezan a ser considerados como objetos especiales de la consideración científica, aunque sea en germen, cuando algunas de sus reglas llegan a formar un complejo de normas dotadas de vigencia real.

Tales reglas constituyen otras tantas limitaciones impuestas al *imperium*, aun cuando no toda limitación tenga el mismo carácter "normativo". Las restricciones de que hablamos pueden ser de dos clases: 1) limitaciones de poder; 2) división de poderes. El *imperium* tropieza a veces con los derechos subjetivos de los súbditos, derivados de una tradición que se reputa o de preceptos estatuidos. Esos derechos pueden implicar, en relación con el titular del *imperium*, alguna de las siguientes restricciones: o bien el imperante sólo está facultado para dictar ciertas órdenes, o sólo puede dictar toda clase de órdenes con excepción de algunas claramente especificadas, o bien, por último, las que dicte deben sujetarse a ciertos supuestos, en ausencia de los cuales carecen de validez. Para determinar si en estos casos se trata de una delimitación "jurídica", "convencional", o solamente "consuetudinaria",* hay que examinar si la conservación de tales límites se encuentra garantizada en alguna forma por un aparato coactivo, incluso muy rudimentario; si la garantía se reduce a una simple desaprobación convencional en caso de extralimitaciones o bien, por último, si no existen limitaciones establecidas de común acuerdo tácito de tipo consensual. Sucede otras veces que el *imperium* chocha contra otro del mismo rango o contra un *imperium* superior a él en ciertos respectos, que restringe su actividad. Ambas situaciones pueden coincidir y, de hecho, el estado moderno, organizado por medio de "competencias", es un resultado de tal combinación. De acuerdo con su esencia es ésta una organización social institutal de diversos titulares de *imperia*, seleccionados de acuerdo con determinadas reglas y limitados también hacia fuera por ciertos principios de división de poderes, *imperia* que, al propio tiempo, se encuentran sujetos a limitaciones estatuidas de carácter interno. Pero tanto la división como la limitación de poderes pueden tener una estructura enteramente diversa de la que caracteriza al moderno instituto estatal. Lo dicho vale especialmente para la división de poderes. Como luego veremos, ésta asume formas enteramente diversas en el antiguo derecho de intercesión romano *par maiorve potestas* y en las organizaciones políticas patrimoniales, estamentales y feudales. La tesis de Montesquieu según la cual sólo la división de poderes hace posible la concepción de un "derecho público", no es únicamente aplicable, si se la entiende correctamente, a la que el citado autor creyó encontrar en Inglaterra. Por otra parte, no toda división de poderes da nacimiento a la idea del derecho público, sino solamente la que es propia de un instituto. Sólo el Occidente ha elaborado una doctrina científica del derecho público, porque únicamente en él ha asumido la asociación política el carácter de un instituto con división racional de poderes y competencias. En la Antigüedad existía una ciencia del derecho público sólo en la medida en que la división de poderes era de tipo racional. La doctrina acerca de los *imperia* de los fun-

cionarios romanos especiales, por ejemplo, fue elaborada científicamente. Lo demás era esencialmente filosofía del estado, no derecho público. La Edad Media conoce la división de poderes exclusivamente en la forma de concurrencia de derechos subjetivos (privilegios o prerrogativas feudales); de aquí que en tal época no encontremos una disciplina consagrada especialmente a la teoría jurídica estatal. Si hay algo más se encuentra en el "derecho feudal" y de "servicio". La concepción definitiva del moderno derecho público constituye una combinación de los siguientes elementos: en el mundo de los hechos, la organización de los privilegiados en corporaciones públicas dentro del estado estamental, que enlaza progresivamente la organización tipo instituto con la limitación y la división de poderes, sobre la base de la teoría romana acerca del concepto de corporación; en segundo término, el derecho natural, y, por último, la doctrina francesa. Hablaremos del desarrollo del derecho público moderno, en cuanto tal estudio nos interesa, en el capítulo relativo al concepto de dominación. En lo que sigue examinaremos principalmente la creación y aplicación del derecho relativamente a los campos que en la actualidad tienen mayor importancia económica, a saber: el "derecho privado" y el "procedimiento civil".

De acuerdo con los hábitos mentales contemporáneos, la actividad jurídica de los organismos públicos divídese en "establecimiento del derecho" y "aplicación" del mismo, enlazándose a ésta, como algo puramente técnico, la "ejecución". Por "creación del derecho" entendemos, actualmente, el establecimiento de normas generales integradas, según el lenguaje de los juristas, por uno o varios "preceptos jurídicos". Concebimos la "aplicación del derecho" como una "aplicación" de esas normas y de los preceptos singulares que el pensamiento jurídico deriva de ellas, a "hechos concretos" que son "subsumidos" bajo las mismas. Sólo que no en todas las épocas de la historia del derecho se ha pensado en igual forma. La distinción entre creación de "normas jurídicas" y "aplicación" de las mismas a casos concretos no existe cuando la actividad judicial, como simple "administración", aparece ante nosotros formando un conjunto de decisiones libres, que pueden variar en cada caso. En esta hipótesis no podemos hablar de normas jurídicas ni de un "derecho subjetivo" a su aplicación. Lo propio acontece cuando el derecho objetivo vale como "privilegio subjetivo" y las normas jurídicas no pueden ser consideradas como el fundamento de pretensiones jurídicas subjetivas. Por último, también ocurre lo mismo en la medida en que la actividad judicial no se realiza por subsunción del caso concreto bajo normas jurídicas generales. Aludimos a la actividad judicial de tipo irracional que, como luego veremos, constituye la forma primitiva de la aplicación del derecho y ha dominado total o parcialmente en el pasado, excepción hecha del ámbito de aplicación del derecho romano. La distinción entre las normas generales aplicar y las que provienen de la misma actividad judicial, nunca se ha realizado en forma tan completa como en el caso de la distinción actual entre derecho sustancial y procesal. Cuando la influencia del imperium domina el curso del procedimiento como, por ejemplo en el viejo derecho romano y también, aunque en forma técnica enteramente diversa, en el inglés, la pretensión jurídica sustancial y el derecho a la acción procesal (la actio romana

y el writ inglés) suelen ser considerados como idénticos. De aquí que la primitiva sistemática jurídica romana no distinga los derechos procesal y privado en la misma forma en que nosotros lo hacemos. Una confusión análoga entre cuestiones jurídicas de carácter material y procesal puede existir también, desde otro punto de vista, y por razones de índole formal radicalmente diversas, en los sistemas en que la actividad judicial descansa sobre medios irracionales de prueba: juramentos y otros medios auxiliares a los que se atribuye significación mágica, o bien sobre ordalías. El derecho o la obligación relativos a estos actos de significación mágica, aparecen como partes integrantes de la pretensión jurídica material o también, lo que es muy explicable, idénticos a ella. De todos modos, la distinción entre normas procesales y normas materiales existe en forma distinta de la vieja sistemática jurídica romana, pero casi con la misma claridad, en la diferenciación entre reglas judiciales (Richtsteige) y los libros jurídicos (Rechtsbücher).

Lo anterior revela que el proceso de diferenciación de las concepciones fundamentales acerca de las esferas jurídicas corrientes en la actualidad, depende en gran medida de razones de orden técnico-jurídico y, en parte también, de la estructura de la asociación política. De aquí que sólo en forma indirecta podamos considerarlo como económicamente determinado. En ese proceso influyen factores económicos sólo en cuanto la racionalización de la economía, sobre la base de la comunidad de mercado y la libre contratación y, concomitantemente, la complejidad siempre creciente de los conflictos de intereses cuya solución incumbía a la creación del derecho y a su aplicación, reclamaron imperiosamente el desenvolvimiento de la especialización del derecho y el desarrollo del carácter de instituto de la asociación política. Todas las demás influencias puramente económicas se hallan concretamente condicionadas, razón por la cual no es posible referirlas a reglas de carácter general. Como en reiteradas ocasiones habremos de corroborarlo, las cualidades del derecho, determinadas por factores de técnica jurídica interna y por factores políticos, reaccionaron intensamente sobre la estructuración de la economía. En los renglones siguientes examinaremos tan sólo las circunstancias que ejercieron mayor influjo sobre las cualidades generales de orden formal del derecho, de la creación del derecho y de la aplicación del mismo. Es claro que entre todas esas cualidades las que fundamentalmente nos interesan son las que se refieren al grado y manera de racionalización del derecho y, sobre todo, como es natural, del derecho económicamente relevante (el derecho "privado" actual).

Un derecho puede ser "racional" en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el desenvolvimiento del pensamiento jurídico. Primeramente, en el sentido del proceso mental más simple en apariencia: la generalización, que en este caso significa reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios "principios", los "preceptos jurídicos". Tal reducción se encuentra normalmente condicionada por un análisis previo o concomitante de los elementos que integran la situación de hecho, en cuanto interesan a su enjuiciamiento jurídico. A la inversa, al desatar "preceptos jurídicos" cada vez más amplios se influye a su vez en la determinación de las notas singulares, even-

tualmente relevantes, de las situaciones de hecho. Ese proceso descansa, por consiguiente, en el casuismo y, al propio tiempo, la fomenta. Ello no quiere decir, por supuesto, que toda casuística avanzada se desenvuelve en la dirección o paralelamente a los "preceptos jurídicos" que han alcanzado un alto grado de sublimación lógica. Sobre la base de las asociaciones simplemente externas de la "analogía" se desarrolla más bien un rico casuismo jurídico. Con el establecimiento analítico de "preceptos jurídicos" y el examen del caso concreto, marcha paralelamente entre nosotros la labor sintética o "construcción jurídica" de "relaciones" e "instituciones". Por construcción entendemos la determinación de los elementos jurídicamente relevantes de una acción comunitaria o consensual que se desarrolla en forma típica, y de la lógica (es decir, exenta de contradicción) que permite coordinar tales elementos o, lo que es igual: pensarlos en una "relación jurídica". Aunque la manipulación constructiva requiera elementos analíticos, sin embargo, un análisis altamente sublimado puede coincidir con una deficiente captación constructiva de las relaciones vitales jurídicamente relevantes y, a la inversa: la síntesis de una "relación jurídica" resulta relativamente satisfactoria desde el punto de vista práctico, a pesar de la insuficiencia del análisis o precisamente por las limitaciones del mismo. Esta última contradicción se debe a que del análisis surge una tarca lógica más amplia que, en principio, es compatible con el trabajo sintético de "construcción", pero que de hecho, no pocas veces entra en conflicto con él; nos referimos a la sistematización. Ésta representa, en todas sus formas, un fruto tardío. El "derecho" primitivo la desconoce. De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial. Tal pretensión sistemática no existe en todos los derechos actuales (verbigracia el inglés), ni mucho menos la tuvieron, por regla general, los del pasado. Y cuando esa pretensión existió, la sublimación lógica del sistema fue casi siempre muy imperfecta. El sistema era, comúnmente, un simple esquema externo destinado a la ordenación de las materias jurídicas, y su influencia sobre la estructuración analítica de los preceptos y la construcción de las relaciones jurídicas resultaba muy escasa. La sistemática moderna (cuyo desarrollo comienza con el derecho romano), parte de la interpretación del "sentido lógico" de los preceptos jurídicos y de la conducta jurídicamente relevante; pero las relaciones jurídicas y el casuismo suelen escapar a tal manipulación, ya que en principio derivan de procesos esencialmente "intuitivos". Coincidiendo en parte con estas oposiciones y en parte también cruzándose con las mismas, encontramos la gran diversidad de medios técnico-jurídicos que emplea la práctica del derecho. He aquí los casos más sencillos que a nuestra consideración se ofrecen:

La creación del derecho y su aplicación pueden ser racionales o irracionales. Desde el punto de vista formal son lo segundo, cuando para la regulación

de la creación de normas o de la actividad judicial se recurre a procedimientos no controlados racionalmente, como, por ejemplo, los oráculos y sus sucedáneos. Aquellas actividades son irracionales desde el punto de vista material, cuando la decisión de los diversos casos depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales. La creación y la aplicación del derecho pueden también ser racionales, en sentido formal, o en sentido material. Un derecho es "formal" cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, "unívocas", de los hechos. Este formalismo ofrece dos aspectos. Puede suceder, en primer lugar, que las características jurídicamente relevantes sean de orden sensible. La sujeción a estas características externas representa el caso extremo de formalismo jurídico. Por ejemplo, cuando se exige que una determinada palabra sea pronunciada, que se estampe una firma, o que se ejecute una acción cuyo significado simbólico ha sido establecido definitivamente de antemano. Puede ocurrir también que las características jurídicamente relevantes hayan sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas. El rigor del formalismo de orden externo resulta atemperado por esta racionalidad formal, pues desaparece el aspecto unívoco de las características externas. Pero de este modo se agudiza la oposición frente a la racionalización material. Pues la última significa, precisamente, que en la decisión de los problemas jurídicos deben influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica. Una sublimación jurídica específicamente técnica en el sentido actual sólo es posible, sin embargo, en cuanto el derecho posee este carácter formal. El formalismo absoluto de la característica externa implica necesariamente el casuismo. Únicamente la abstracción interpretativa hace posible la tarea sistemática que consiste en ordenar y racionalizar, con ayuda de la lógica, las reglas jurídicas cuya validez se acepta, formando con ellas un sistema coherente de preceptos abstractos.

Examinemos ahora de qué modo influyen sobre el desarrollo de los caracteres formales del derecho los poderes que intervienen en la creación del mismo. La actual investigación jurídica tiene como punto de partida —al menos en aquella de sus ramas que ha alcanzado el grado más alto de racionalidad metódica (nos referimos al derecho privado)— los postulados siguientes: 1) toda decisión jurídica concreta representa la "aplicación" de un precepto abstracto a un "hecho" concreto; 2) que sea posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos en vigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema "sin lagunas" de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares; 4) todo aquello

que no es posible "construir" de un modo racional carece de relevancia para el derecho; 5) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como "aplicación" o "ejecución" o, por el contrario, como "infracción" de preceptos jurídicos. (Aun cuando no *espressis verbis*, esta es la conclusión de Stammler; pues consecuencia de la "ausencia de lagunas del sistema jurídico" es la ordenación jurídica efectiva del acontecer social.)

Por el momento no nos interesa este postulado del pensamiento jurídico, pues queremos examinar algunas de las cualidades formales del derecho en general y, especialmente, las que revisten mayor importancia desde el punto de vista de su funcionamiento.

§2. El carácter formal del derecho objetivo

Problema de la creación de normas jurídicas. El "derecho consuetudinario". Los ingredientes reales del desenvolvimiento del derecho. Consulta de los interesados y coacción jurídica. Carácter irracional de la decisión de las contiendas en la época primitiva. Creación y aplicación carismáticas del derecho. Creación y aplicación "popular" del derecho. Las "personalidades jurídicas" y los sujetos de la creación jurídica.

¿Cómo surgen nuevas reglas jurídicas? En la actualidad, normalmente, por medio de la ley, es decir, a través de las formas legítimas y válidas establecidas por la constitución, consentida o impuesta —otorgada—, de la asociación de que se trate. Se sobrentiende que estas reglas no representan algo primitivo u originario. Tratándose de condiciones económicas y sociales muy desarrolladas el proceso que hemos señalado no es si quiera lo normal. El Common Law inglés suele contraponerse, como es sabido, al derecho derivado de la legislación o Statute Law. Al derecho no estatuido se le llama, entre nosotros, "consuetudinario". El concepto es relativamente muy moderno, ya que apareció tarde en el derecho romano. En Alemania constituye un producto de la jurisprudencia elaborada en torno al derecho común. Los requisitos: 1) práctica o uso comunes; 2) convicción general de su juricidad; 3) racionalidad, exigidos para su validez por la ciencia jurídica son un resultado del pensamiento teórico. Y todas las definiciones hoy corrientes representan otras tantas construcciones jurídicas. La noción del derecho consuetudinario, en la forma sublimada que le han dado Zitelmann y Gierke, por ejemplo, no resulta inútil al propósito de la construcción, aun cuando no sea sino por la limitación de todo derecho no estatutario a una serie de precedentes judiciales obligatorios. Los violentos ataques de que esa noción ha sido blanco de parte de los sociólogos del derecho (Lambert, Ehrlich), son en mi opinión totalmente infundados, ya que constituye una mezcla de puntos de vista jurídicos y sociológicos. Otra sucede si se aborda la cuestión que ahora nos preocupa y se pregunta: ¿hasta qué punto la construcción jurídica que hemos recibido acerca de las condiciones de vigencia del "derecho consuetudinario" revela la verdad sobre el origen real de la "validez" empírica del derecho no establecido estatutariamente? La construcción jurídica nos muestra rara vez la verdadera realidad. Como enunciaciones sobre el desenvolvimiento real del

derecho en el pasado y, especialmente, en las épocas en que falta total o casi totalmente la "legislación", aquellos conceptos son inutilizables e históricamente irreales. Es cierto que se basan en una serie de aforismos sobre la significación y requisitos de la consuetudo como fuente de derecho, y que tales aforismos — continentales o ingleses— provienen tanto de la última época romana como de la Edad Media; pero en todos estos casos se trata del típico problema de la coordinación de un derecho racional que pretende ser universalmente válido con los derechos locales ("nacionales") ya existentes. En el derecho romano tardío tratábase de la oposición entre el derecho imperial y los derechos nacionales de los provinciales. En Inglaterra, de la oposición entre el derecho del reino (*lex terrae*, Common Law) y los derechos locales. En el continente, por último, de las relaciones entre el derecho romano recibido y los derechos nacionales. Estos derechos particulares, opuestos al derecho universal, fueron subsumidos bajo la definición del consuetudinario y ligados a los supuestos de validez del mismo, lo que no podía ser de otro modo, ya que el derecho universal era visto como el único legítimo. En cambio, nadie ha tenido la ocurrencia de incluir el Common Law inglés —que indiscutiblemente no es un "derecho estatuido"— en la definición corriente de la "costumbre jurídica". La definición del *idschma* islámico como *tacitus consensus omnium* tampoco tiene nada que ver con el "derecho consuetudinario", porque, entre otras razones, pretende ser "derecho sagrado". Vimos anteriormente* cómo la concepción primitiva de las normas jurídicas podía explicarse sencillamente de este modo: a consecuencia de una "actitud psicológica" especial, determinados hábitos de conducta, que en un principio revistieron el carácter de simples hechos: 1) son considerados como "obligatorios" y, a causa del conocimiento de su extensión supraindividual; 2) incluidos como "acuerdos tácitos", "consensuales" en la "expectativa" consciente o semiconsciente de una conducta conforme a ellos. Por último; 3) se les provee, frente a las "convenciones", de determinados aparatos coactivos.** Desde un punto de vista teórico ocurre, sin embargo, preguntar: ¿cómo puede penetrar el movimiento en una masa inerte de "hábitos" en tal forma canonizados que, precisamente por valer como "reglas obligatorias", parecen imponentes para dar de sí mismos algo nuevo? La escuela histórica se inclinaba a admitir la evolución de un "espíritu del pueblo" al que se consideraba, mediante una hipótesis, como portador de una unidad orgánica supraindividual. Ésta era también la opinión de Karl Knies. Tal concepción carece por completo de valor científico. Es cierto que en todas las épocas ha habido y sigue habiendo una creación inconsciente, es decir, no considerada como verdadera creación por quienes participan en ella, de reglas dotadas de validez empírica, tanto jurídicas como no jurídicas. Ocurre esto principalmente debido a una serie de cambios de significación que pasan desapercibidos, o sea, a través de la creencia de que ciertos hechos realmente nuevos no ofrecen a la consideración jurídica novedad alguna. Puede también acontecer que a hechos viejos o nuevos se aplique en realidad nuevo derecho, en la creencia de que siempre estuvo en vigor y fue aplicado en la misma forma.

*Véanse pp. 258 ss

** Recuérdense los conceptos de *consensus* y "convención". [E.]

Pero existe, además, el vasto grupo formado por aquellos casos en los cuales tanto el hecho como el derecho aplicado son apreciados en forma "nueva" ¿De dónde proviene la novedad? Se dirá: de la transformación de las condiciones externas de la existencia, en cuanto tal transformación determina la modificación de los consensus vigentes. Pero la simple transformación de las condiciones externas no es ni suficiente ni necesaria. Necesaria es más bien, desde este punto de vista, una conducta de nuevo tipo, que conduce a una alteración del sentido del derecho vigente, o a la creación de nuevo derecho. En esta conducta cuyo resultado se traduce en transformaciones jurídicas, intervienen personas de diferentes categorías. En primer lugar, los interesados en una acción comunitaria* concreta. En parte para proteger sus intereses bajo "nuevas" condiciones externas, y en parte también para lograr tal finalidad en mejor forma bajo las antiguas condiciones, el interesado modifica su acción, especialmente su acción comunitaria. Surgen de este modo nuevos consensus —acuerdos tácitos— o también socializaciones racionales que encierran un nuevo contenido significativo y permiten, a su vez, la formación de nuevos hábitos puramente fácticos. Pueden también surgir cambios en el estado total de la acción comunitaria a consecuencia de transformación de las condiciones externas de vida, sin que en la conducta se produzca aquella nueva orientación. En efecto, puede acontecer que varias clases de conducta existentes sobrevivan las que representan mejores probabilidades para los intereses económicos y sociales de los individuos, y desaparezcan otras que hasta entonces fueron convenientes, pero que resultan postergadas a consecuencia de una "selección", acabando por convertirse las primeras en un bien común, sin que ningún particular —para colocarnos en el caso teórico extremo— modifique en alguna forma su conducta. Tal cosa sucede de manera aproximada en el proceso selectivo entre grupos étnicos y religiosos, sobre todo cuando tienden a la conservación de sus antiguas costumbres. Lo más frecuente, sin embargo, es que, por "invención" individual, se dé a la acción comunitaria y a la acción societaria un nuevo contenido, y que éste se propague después por imitación y selección. Como fuente especial de nuevas orientaciones económicas, el último caso es de la mayor importancia en todos los grados del desenvolvimiento de la vida colectiva, incluso en los escasamente racionalizados, no sólo en la época moderna, sino en todas las precedentes. Pero estos acuerdos tácitos, convencionales, no toman en consideración, en un principio, las probabilidades de una garantía de orden jurídico o, al menos, jurídico-político. Los interesados consideran frecuentemente que tal garantía es innecesaria y, con mayor frecuencia aún, cada una de las partes estima que el interés propio, o más bien la lealtad de los otros, o ambas cosas, así como la presión de las convenciones sociales, representan una garantía suficiente. Antes de la aparición de los aparatos coactivos e incluso con anterioridad a la regulada de la venganza del clan, la garantía "jurídica" de una norma encuentra su equivalente en la probabilidad que la convención otorga al "titular de un derecho", de encontrar ayuda en contra del infractor. Pero cuando se creyó que eran necesarias garantías de orden especial,

*Véanse los diversos tipos de acción en la Parte I, cap. I, # 4, y especialmente en la Parte II, cap. I, # 3. [E].

las de orden mágico, especialmente el juramento del obligado, fueron preferidas, aun en situaciones muy diferenciadas, a cualquiera otras, incluso las jurídicas ya existentes. En casi todas las épocas, el orden consensual, aun en lo económico, se desenvolvió en su mayor parte sobre esta base, sin que se tomaran en consideración las probabilidades de una coacción jurídico-estatal, y en gran parte también, sin consideración a ninguna probabilidad de coacción. Instituciones como la Zadruga yugoslava (comunidad doméstica), que se cita como ejemplo para demostrar que la coacción jurídica es innecesaria, carecían solamente de la protección jurídica estatal, pero en las épocas de su mayor extensión tenían la protección coactiva, en alto grado eficaz, de la autoridad de la aldea. Cuando estas formas de conducta consensual echan raíces, perduran durante siglos, sin que se tome en cuenta la coacción jurídica del estado. El derecho austriaco reconocido judicialmente no sólo era ignorado por la Zadruga, sino que algunas de sus normas se oponían a ella, no obstante lo cual dominaba ésta de hecho la conducta campesina. Pero estos ejemplos no deben ser generalizados hasta el punto de que se vea en ellos el caso normal. Tratándose de sistemas jurídicos concurrentes con igual legitimación religiosa, reconocidos y aceptados en forma igual, la circunstancia de que alguno de ellos pudiera contar, abstracción hecha de su vinculación religiosa, con la garantía de la coacción jurídica, constituía un factor de decisiva importancia en su lucha recíproca, inclusive cuando el estado y la economía prevalecían determinadas condiciones rigurosamente tradicionalistas. Así, por ejemplo, las cuatro escuelas ortodoxas de derecho del Islam eran oficialmente aceptadas en la misma forma, y valía para ellas el principio fundamental de la personalidad del derecho, como ocurría en el reino de los francos con los derechos nacionales; debiendo advertirse que las cuatro escuelas se encuentran todavía representadas en la Universidad de El Cairo. Pero el hecho de que la secta jurídica de los sultanes otomanos o hanifita gozara de garantías de orden coactivo ante las autoridades y tribunales, condenó a la secta malaquí, que carecía de tal protección, lo mismo que a las dos restantes, a una lenta agonía, a pesar de que su existencia nunca fue obstaculizada ni combatida en forma alguna. Por otra parte, esa despreocupación de los interesados por la probabilidad de que se aplicara en su favor la coacción política, casi no existió tratándose de la "vida de los negocios" propiamente dicha, es decir, de los contratos relativos al mercado de bienes. La aparición de nuevas formas de socializaciones se realiza generalmente de tal manera que la probabilidad de la coacción jurídica, considerada como manifestación del poder político a través de los tribunales, resulta siempre cuidadosamente calculada, adaptándose a ella "el fin del contrato" y realizándose, en consideración a la misma, la invención de nuevas figuras o esquemas contractuales. El cambio de significación del derecho vigente se produce entonces a través de la actividad de los particulares interesados, o bien, como generalmente sucede, mediante la actividad de los particulares interesados, o bien, como generalmente sucede mediante la actividad de sus asesores profesionales; pero dicha actividad se ajusta siempre, de manera racional y consciente, a la expectativa de un determinado comportamiento de los tribunales. La más antigua forma de actividad de los "juristas" verdaderamente "profesionales" , cuyo tra-

bajo se realiza de un modo racional, consiste en desempeñar la función a que anteriormente nos referimos (el *cavere romano*). El cálculo sobre el funcionamiento probable del aparato coactivo representa un supuesto técnico en las condiciones de la economía de mercado en desarrollo, y es una de las fuerzas propulsoras de la inventiva de los "juristas cautelares" que, como elemento independiente de la formación del nuevo derecho por iniciativa privada, encontramos en todas partes, pero especialmente y en forma más avanzada y controlable, en los derechos romano e inglés.

Además, la probabilidad de la coacción jurídica se halla influida, a su vez, por el incremento de consensos y convenios racionales de cierto tipo. En condiciones normales, únicamente lo que es singular suele no encontrar una garantía en los apartados coactivos. Los usos y consensos universalmente difundidos sólo son permanentemente ignorados por los aparatos de coacción cuando lo exigen determinadas razones de carácter formal o una prohibición absoluta de los poderes autoritarios. Lo mismo acontece cuando los órganos de la coacción jurídica imponen por la fuerza la voluntad de un poder étnico y políticamente extraño; o cuando, a consecuencia de una especialización profesional y técnica, se hallan alejados de la vida de los negocios, lo que puede ocurrir si la diferenciación social es muy amplia. La significación atribuida a los convenios puede ser discutible o constituir su extensión una novedad muy precaria. El "juez" como a *potiori* queremos llamar al aparato coactivo, es entonces una segunda instancia independiente. Pero aun prescindiendo de esto, tampoco podemos decir que se limite a autorizar las regulaciones válidas por consenso o por convenio. Pues en todo caso influye a menudo fuertemente en la selección de lo que perdura como derecho, a través del influjo que sobre los casos concretos ejercen las consecuencias de un fallo ya dictado.

Pronto veremos cómo, en un principio, la fuente de las decisiones "judiciales" no está constituida en absoluto, o sólo para determinados planteamientos formales, por normas generales —"normas de decisión"— que hubiera que "aplicar" al caso individual. Lo que ocurre es precisamente lo contrario: cuando el juez pone en movimiento la garantía de la coacción relativamente a un caso concreto, por razones igualmente concretas, inicia casi siempre la vigencia empírica de una norma general como "derecho objetivo", porque la significación de sus máximas trasciende del caso singular a los futuros. Pero tampoco este fenómeno es algo universal u originario. Este fenómeno no existe tratándose, por ejemplo, de las primitivas decisiones que se obtienen por medios mágicos de revelación jurídica. La irracionalidad del caso concreto influye grandemente en la aplicación del derecho no racionalizado en un sentido jurídico-formal, incluso cuando ha superado la etapa de los juicios Dios. Ni siquiera en materias sagradas se aplica al caso concreto una "norma jurídica" general, ni la máxima de la decisión concreta —caso de que exista y se tenga conciencia de ella— aparece como un principio que habiendo sido una vez "reconocido" posee validez de norma.

Mahoma rechaza muchas veces en las suras las indicaciones dadas en otras ocasiones, aunque eran de presunto origen divino, y Jehová "se arrepiente" de sus decisiones. También sucede esto tratándose de decisiones de índole jurídica. Un oráculo de Jehová ordena que se instituya herederas a las hijas (Nm., 27). Pero debido a las protestas

de los interesados el oráculo es corregido (Nm., 36). También ocurre que las formulaciones consuetudinarias de normas jurídicas generales son algunas veces oscilantes. Cuando el caso singular debe ser exclusivamente resuelto por la suerte (Urim y Thummim entre los judíos) o por duelo, o por otros juicios de Dios, o por recurso a un determinado oráculo, no puede hablarse de "regulación" del conflicto, ni en el sentido de aplicación, ni en el de creación de reglas. Pero, por su parte, los fallos de los jueces laicos sólo con dificultad y muy tarde llegan a la idea de que la sentencia significa una "norma" que excede al caso concreto, según lo han demostrado, por ejemplo, las investigaciones de Wladimirzki-Budanow. Pues tratándose de asunto de "laicos", el fallo se dicta teniendo más en cuenta la "acepción de personas" y las características especiales de la cuestión por resolver. No obstante, cuando la decisión se convierte en objeto de discusiones o se suponen o buscan, relativamente a ella, determinados fundamentos racionales, esto es, cuando su primitivo carácter puramente irracional u oracular se debilita, inevitablemente se produce una cierta tipificación normativa. El carácter mágico del derecho probatorio primitivo sigue, sin embargo, ejerciendo alguna influencia, al menos en cuanto reclama una formulación "correcta" de la cuestión sujeta al conocimiento del juez. Pero, por otra parte, también influye la naturaleza misma de la tarea del juez. Al juez que en una ocasión ha logrado aplicar en forma consciente y pública como norma de decisión tal o cual máxima, le resulta difícil y a menudo casi imposible, si quiere escapar a toda sospecha de parcialidad, negar la garantía de la coacción en otro caso de la misma índole. La máxima vale también para los jueces que le suceden en el cargo y ello con intensidad tanto mayor cuanto más grande sea el dominio de las "tradiciones" en la vida colectiva. Precisamente es en estos casos cuando, independiente de la forma en que haya sido obtenida, cada decisión aparece como emanación, es decir, como expresión y parte integrante de la tradición verdadera, convirtiéndose en un esquema que pretende una vigencia permanente. La creencia subjetiva de que sólo deben ser aplicadas las normas que están en vigor es realmente, en este sentido, un fenómeno originario de toda aplicación del derecho derivada de la época profética y no un fenómeno "moderno". La tipificación de ciertos consensos y, sobre todo, de ciertos convenios que la conducta de los particulares va creando en forma consciente, al separar las respectivas esferas de intereses con ayuda de "asesores" debidamente preparados, así como los "precedentes" judiciales, son, por consiguiente, fuentes primarias de la creación de normas jurídicas. De este modo ha surgido, en realidad, la mayor parte del Common Law inglés. La amplia influencia de los expertos, prácticos y teóricos, que con el carácter de abogados y jueces persiguen el mismo fin en forma "profesional" cada vez más acusada, imprime a casi todo el derecho que así surge el carácter de un "derecho de los juristas". No por esto se niega la circunstancia de que en la formación del derecho concurren algunas determinantes de orden puramente "afectivo", el sentimiento de "equidad", por ejemplo. Pero la observación revela hasta qué punto es fluctuante el funcionamiento del "sentimiento del derecho" cuando no le traza el camino la estructura firme de una situación interna o externa de determinados intereses. La experiencia demuestra con facilidad

EL DERECHO NATURAL

pg. 639

§ 7. Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el derecho natural

La peculiaridad del Code Civil. El derecho natural como criterio normativo del derecho positivo. Su origen. Derecho natural y derechos de libertad. Transformaciones del derecho natural formal en derecho natural material. Relaciones de clave de la ideología iusnaturalista. Significación práctica y descomposición del derecho natural. El positivismo jurídico y el estamento de los juristas.

Si comparamos con estos productos de la época prerrevolucionaria al hijo de la revolución, el *Code Civil* y las limitaciones que ha encontrado en la Europa Occidental y Meridional, la diferencia formal es importante. Falta cualquiera mezcla de elementos no jurídicos, cualquiera nota didáctica y puramente moral o exhortativa así como toda casuística. Numerosos artículos del *Code* producen un efecto plástico y epigramático, en el mismo sentido que algunos preceptos de las Doce Tablas, y muchos de ellos han llegado a ser, asimismo, patrimonio popular como, por ejemplo, los viejos adagios jurídicos, lo que seguramente no ocurre con los preceptos del *Allgemeines Landrecht* (derecho general prusiano) o de otras codificaciones alemanas. Si al lado del derecho anglosajón, producto de la práctica jurídica, y el derecho común romano, producto de la educación jurídica teórica-literaria (sobre el cual descansan en gran medida las codificaciones del este y centro de Europa), el derecho del Code ha llegado a ser, como producto de la legislación racional, el tercer gran derecho mundial, la causa de ello reside precisamente en esas cualidades formales que en parte implican una extraordinaria transparencia y precisa inteligibilidad de sus determinaciones y en parte producen tal apariiencia. La plasticidad de muchas de sus disposiciones la debe el Código a la orientación de numerosas instituciones jurídicas hacia el derecho de las coutumes. A este derecho se ha sacrificado parte de las cualidades jurídicas formales y también de la solidez de la consideración material. El pensamiento jurídico no es impulsado por la estructura total y abstracta de la sistemática jurídica y por la índole axiomática de otras numerosas determinaciones hacia una elaboración general y propiamente constructiva de las instituciones jurídicas en su conexión pragmática, sino que por regla general ha tendido a tomar como "principios" jurídicos esas infrecuentes formulaciones del Código que no tienen el carácter de reglas de derecho, sino de "principios jurídicos", y a adaptarlos a los problemas que la práctica presenta. Las cualidades formales de la moderna jurisprudencia francesa son probablemente atribuibles, en parte, a esta peculiaridad un tanto contradictoria de la ley. Tal peculiaridad es, sin embargo, la expresión de un tipo específico de racionalismo: la conciencia soberana de que aquí es creada por vez primera, en forma puramente racional, una ley libre de toda suerte de "prejuicios" históricos, apegada al ideal de Bentham, ley que (según se cree) sólo recibe su contenido de la sana razón humana, vinculada a la específica razón de Estado de la gran nación que debe su poder no a la legitimidad, sino al genio. El tipo de su situación frente a la lógica jurídica deriva directamente en algunos casos, en que sacrifica a la formación plástica la sublimación jurídica, de la intervención personal

pg. 640

de Bonaparte. Su teatralidad epigramática corresponde en la índole de la formulación al tipo de los "derechos del hombre y del ciudadano" de las constituciones francesa y norteamericana. Ciertos axiomas sobre el contenido de preceptos jurídicos reciben aquí no la forma de austeras reglas de derecho sino la de postulados o sentencias, con la pretensión de que el derecho sólo puede ser legítimo cuando no contradice tales postulados. Tendremos que ocuparnos brevemente de este tipo especial de elaboración de preceptos jurídicos abstractos.

Desde el punto de vista sociológico las ideas sobre el "derecho del derecho" son tomadas en consideración en el ámbito de un ordenamiento jurídico racional y positivo sólo en cuanto de la solución de estos problemas derivan consecuencias prácticas para la conducta del creador del derecho, de los prácticos del mismo y de los particulares. Es decir, cuando la convicción de la "legitimidad" específica de ciertas máximas jurídicas, de ciertos principios jurídicos cuya fuerza obligatoria inmediata no puede ser destruida por imposición ninguna del derecho positivo, ejerce realmente su influjo en la vida práctica del derecho. De hecho esto se ha repetido en la historia, pero de manera especial al principiar la época moderna y en la de la revolución y todavía, parcialmente, en Norteamérica. El contenido de tales máximas se suele designar con el nombre de derecho natural.

Conocemos ya la ley naturae como una creación esencialmente estoica, que el cristianismo acogió para tender un puente entre su propia ética y las normas del mundo. Era el "derecho para todos", el derecho legítimo de la Divina Voluntad en el mundo del pecado y la violencia, en oposición al mandamiento de Dios directamente revelado a sus creyentes y evidente sólo para los religiosamente elegidos. Veamos ahora la lex naturae desde el otro lado. "Derecho natural" es el conjunto de normas vigentes preeminentemente frente al derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino que por el contrario, legitiman la fuerza obligatoria de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes: forma específica y única consecuente de la legitimidad de un derecho que queda cuando decaen la revelación religiosa y la santidad hereditaria de la tradición. El derecho natural es por ello la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado. La invocación al "derecho natural" ha sido siempre la forma en que las clases que se rebelaban contra el orden existente prestaban legitimidad a su anhelo de creación jurídica cuando no se apoyaban sobre la tradición o sobre normas religiosas positivas. Es verdad que no todo derecho natural es, de acuerdo con la significación que se le otorga, "revolucionario", en el sentido de que justifique la imposición, frente a un orden jurídico existente, de ciertas normas, ya sea por medio de una acción violenta o por resistencia pasiva. No sólo los más diversos tipos de poderes autoritarios han pretendido también una legitimación "iusnaturalista", sino que hubo también un muy influyente "derecho

natural de lo acaecido históricamente" como tal, frente al puramente fundado en reglas abstractas o portador de ellas. Un axioma iusnaturalista de este origen servía, por ejemplo, de base a la teoría de la Escuela

pg. 641

Histórica sobre la preeminencia del "derecho consuetudinario", concepto que dicha escuela construyó claramente por vez primera. Y ello ocurrió de manera expresa cuando se afirmó que un legislador no "puede", en modo alguno, a través de la ley, restringir el ámbito de vigencia del derecho consuetudinario, ni desconocer su fuerza derogatoria frente a las leyes. Pues no se "puede" prohibir al devenir histórico que se realice. Pero también a todas aquellas teorías del "espíritu del pueblo", mitad históricas, mitad iusnaturalistas, que no llegaban a esta conclusión, postulaban ese espíritu como la única fuente natural y, por ende, legítima del derecho y la cultura y, especialmente, la teoría del crecimiento "orgánico" de todo derecho basado en el "sentimiento jurídico" y no de un derecho "artificial", es decir, estatuido de acuerdo con puntos de vista racionales con arreglo a fines, u otras ideas similares características del romanticismo, encerraban ese supuesto que degrada el derecho estatuido al rango de un derecho "únicamente" positivo.

Frente al irracionalismo de estos axiomas se hallan en oposición contradictoria los axiomas iusnaturalistas del racionalismo jurídico y sólo éstos pueden dar origen a normas de tipo formal, por lo cual, y con toda razón, por derecho natural sólo se entiende a potiori el conjunto de esos axiomas. Su formación en la época moderna fue, al lado de los fundamentos religiosos que les ofrecían las sectas racionalistas, obra del concepto de naturaleza del Renacimiento, que aspiraba siempre a descubrir el canon de lo querido de acuerdo con la "naturaleza"; y en parte surgieron apoyándose en el pensamiento, arraigado principalmente en Inglaterra, de ciertos derechos racionales innatos de cada súbdito. Este concepto específicamente inglés del birthright nació esencialmente bajo la influencia de la concepción popular de ciertos derechos estamentales de libertad concedidos originariamente en la Carta Magna solamente a los barones, como derechos nacionales de libertad de los súbditos ingleses en cuanto tales, que no podían ser atacados por el rey ni por ningún otro poder político. El tránsito a la concepción del derecho de cada hombre como tal se desenvolvió, en cambio, bajo la temporal cooperación de muy fuertes influencias religiosas, especialmente baptistas, debido en lo esencial al regionalismo ilustrado de los siglos XVII y XVIII.

Los axiomas del derecho natural pueden pertenecer a los tipos más diversos, de los cuales sólo queremos considerar aquí los que se hallan en conexión íntima con el orden económico. La legitimación iusnaturalista del derecho positivo puede hallarse más vinculada a condiciones formales o más vinculada a condiciones materiales. La diferencia es gradual, pues no puede existir un derecho natural puramente formal, ya que tendría que

coincidir con los conceptos jurídicos generales totalmente desprovistos de contenido. Pero de todos modos la oposición es muy importante en la práctica. El tipo más puro de la primera especie es el derecho natural que apareció, por ejemplo, en los siglos XVII y XVIII bajo las mencionadas influencias, especialmente en la forma de la "teoría del pacto" y de modo muy particular en su forma individualista. Todo derecho legítimo descansa sobre un estatuto y el estatuto se apoya en última instancia en un convenio racional de voluntad. Bien sobre un contrato real primitivo de individuos libres, que regula para el futuro la forma de creación del nuevo derecho estatuido. O, en sentido ideal, establece que sólo

pg. 642

sera legítimo aquel derecho cuyo contenido no contradiga al concepto de un orden conforme a la razón, estatuido a través de un acuerdo libre. Los "derechos de libertad" son el elemento esencial de este derecho natural, figurando en primer término la libertad contractual. El contrato racional libremente celebrado, ya sea como fundamento histórico real de todas las formas de socialización, incluyendo al Estado, ya como criterio de estimación, llegó a ser uno de los principios formales universales de la construcción iusnaturalista. Como todo derecho natural formal, descansa éste en principio sobre la base de un sistema de los derechos legítimamente adquiridos en virtud de un "contrato teleológico" y, también, tratándose de bienes económicos, sobre la base de una comunidad económica consensual surgida del pleno desarrollo de la propiedad. Entre los elementos esenciales de ese derecho natural figura, por supuesto, el principio de que se tiene la libre disposición sobre la propiedad adquirida en virtud del contrato originario (celebrado con todos), o de un contrato celebrado sólo con algunos; lo que a su vez implica el principio de la libre competencia. Esta libertad contractual sólo tiene barreras formales en cuanto los contratos y las acciones comunitarias no chocan contra el derecho natural que los legitima, lo que significa que no deben atacar los imprescriptibles y eternos derechos de libertad, ya se trate de los pactos privados de los individuos o de la acción institucional de los órganos de la asociación política y de la sumisión de los coasociados a esa acción. No es posible someterse válidamente ni a la esclavitud política ni a la de derecho privado. Por lo demás, ninguna estipulación puede limitar válidamente la libre disposición del individuo sobre sus posesiones y su fuerza de trabajo. Por ejemplo, toda "protección al trabajo" legislativamente impuesta y, por ende, toda prohibición de ciertos contenidos del contrato "libre" de trabajo, constituyen por ello un ataque a la libertad de contratación, por lo cual la judicatura de la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo, hasta la época más reciente, que esas determinaciones eran nulas desde el punto de vista formal, de acuerdo con los preámbulos iusnaturalistas de las constituciones. Los criterios materiales para juzgar de lo que es legítimo en el sentido iusnaturalista son la "naturaleza" y la "razón". Entrambas, así

como las reglas de ellas derivables: reglas generales del acontecer y normas de validez universal, son vistas como coincidentes; los conocimientos de la razón humana valen como idénticos a la "naturaleza de las cosas" o "lógica de las cosas" como ahora se diría. Lo que tiene validez obligatoria es identificado con lo que de hecho es por término medio. Las "normas" obtenidas por la colaboración lógica de conceptos éticos o jurídicos pertenecen, en el mismo sentido que las "leyes naturales", a esos principios universales y obligatorios que "ni Dios mismo puede cambiar" y a los cuales ningún ordenamiento jurídico debe oponerse. A la naturaleza del objeto y al postulado fundamental de la legitimidad de los derechos adquiridos corresponde, por ejemplo, tan sólo la existencia de la moneda metálica, la cual, por el camino del libre cambio de bienes, llegó a desempeñar la función del dinero ("metalismo"). Un ordenamiento jurídico tiene por ello la obligación iusnaturalista de dejar verbigracia que el Estado se hunda —como ocasionalmente fue sostenido por ciertos fanáticos en el siglo XV— antes que manchar la legítima situación del derecho con la ilegitimidad de una creación

pg. 643

"artificial" de papel moneda. Pues una violación del derecho legítimo anula el "concepto del Estado" .

Variantes de este formalismo surgieron por diferentes caminos en el derecho natural. A fin de ponerse en relaciones con el orden existente tuvo primeramente que aceptar ciertas causas legítimas de adquisición de derechos no derivables de la libertad contractual y, específicamente, la adquisición por derecho hereditario. Como los diversos ensayos tendientes a fundamentar de un modo iusnaturalista el derecho sucesorio no tenían en absoluto carácter jurídico-formal, sino filosófico-jurídico, aquí los dejaremos enteramente a un lado. Casi siempre acaban por aparecer motivos materiales y, con más frecuencia aún, construcciones artificiales. Otras numerosas instituciones del derecho vigente había simplemente que legitimarlas por consideraciones prácticas de utilidad, no por razones formales. A través de su "justificación" la "razón" iusnaturalista derivó fácilmente hacia el terreno de las consideraciones utilitarias, lo que se exteriorizó en la desviación del concepto de lo "racional". En el derecho natural puramente formal lo racional es lo derivable del orden eterno de la naturaleza y de la lógica, que son mezcladas entre sí. Pero el concepto inglés de lo razonable entendía desde un principio la significación de lo "racional" en el sentido de lo "conveniente en la práctica".

Si partimos de esta concepción puede llegarse a la conclusión de que lo que en la práctica conduce a resultados absurdos no puede ser el derecho querido por la naturaleza y la razón, lo que significó la inclusión expresa en el concepto de lo racional de supuestos materiales que, de hecho, siempre habían estado implícitos en él, si bien de modo latente. Valiéndose de esa desviación del concepto de lo racional, la Suprema Corte de los

Estados Unidos de hecho ha sabido apartarse en gran medida, en los tiempos más recientes, de la sujeción al derecho natural formal, creándose la posibilidad de reconocer, por ejemplo, la validez de ciertas partes de la legislación social.

En principio, el derecho natural formal se transformó en iusnaturalismo material tan pronto como la legitimidad de un derecho adquirido no quedó ya ligado a notas jurídico-formales, sino económico-materiales de la forma de adquisición. En el sistema de los derechos adquiridos de Lassalle se intenta todavía resolver el problema de modo iusnaturalista, pero con medios formales, a saber, los que ofrece la teoría hegeliana del desarrollo. Se presupone la intangibilidad de los derechos adquiridos en forma legítima sobre la base de una legislación positiva, pero la barrera iusnaturalista de este positivismo jurídico de revela en el problema de la llamada fuerza retroactiva de las leyes y en la cuestión conexa de la obligación estatal de indemnizar, tratándose de la supresión de privilegios. El ensayo de solución, que aquí nos interesa, tiene un carácter enteramente formal y iusnaturalista.

El decisivo viraje hacia el derecho natural material se enlaza primordialmente con las teorías socialistas sobre la exclusiva legitimidad de la adquisición en virtud del trabajo propio. Pues de este modo no sólo se rechaza la adquisición gratuita por derecho hereditario o monopolio concedido, sino también el principio formal de la libertad contractual y de la fundamental legitimidad de todos los derechos adquiridos por contrato, ya que toda apro-

pg. 644

piación de bienes es juzgada desde un punto de vista puramente material en función de la cantidad de trabajo que hay en su causa de adquisición. Naturalmente que tanto el derecho natural racionalista y formal como este derecho natural material de la exclusiva legitimidad del producto del trabajo tienen también muy fuertes relaciones de clase. La libertad contractual y todas las disposiciones sobre la propiedad legítima derivadas de aquélla constituían por supuesto el derecho natural de los interesados en el mercado, como interesados en la apropiación definitiva de los medios de producción. El que, por el contrario, el dogma de la no susceptibilidad de apropiación de la tierra, en cuanto nadie la ha producido con su trabajo, es decir, la protesta contra la supresión de la comunidad del suelo, corresponda a la situación de clase de los campesinos proletarizados cuyo restringido espacio de alimentación los constriñe a someterse al yugo de los monopolizadores del suelo, es algo que resulta claro, siendo muy explicable también que ese lema adquiriera una fuerza especialmente patética allí donde la constitución natural del suelo es lo decisivo, la apropiación del mismo no se encuentra cerrada, al menos hacia dentro, y

falta, además, una "gran empresa" racional como organización del trabajo en la economía agrícola, la renta del latifundista es más bien renta enfitéutica, o se trabaja con inventario y técnica campesinos, si bien de las más diversas maneras, sobre la "tierra negra". Desde el punto de vista positivo este derecho natural de los pequeños campesinos es equívoco, pues puede comprender: 1) un derecho a la división del suelo en función del pleno desarrollo de la propia fuerza de trabajo (en ruso: trudowaja norma) o, 2) un derecho a la posesión del suelo en la medida de la tradicional satisfacción imprescindible de las necesidades (en ruso: potrebitjelnaja norma), es decir, en la terminología corriente, un "derecho al trabajo" o a un "mínimum de existencia" y, ligado a ambos, 3) el derecho al producto total del trabajo. La última revolución agraria iusnaturalista que, según la probabilidad actual, el mundo habrá de ver, la revolución rusa de la última década, se ha desangrado a sí misma, incluso en un sentido puramente ideal, a consecuencia de las insoportables contradicciones de esas dos normas de derecho natural entre sí y frente a los programas campesinos motivados por consideraciones históricas, o de política realista, o de economía práctica, o, por último— en irreparable confusión, por hallarse en contradicción con los propios dogmas fundamentales—, por consideraciones marxistas evolucionistas. Esos tres derechos individuales "socialistas" han desempeñado también un papel, como es sabido, en el mundo de ideas del proletariado industrial. De ellos, los dos primeros tienen teóricamente un posible sentido pleno tanto dentro de las condiciones artesanales de existencia como dentro de las capitalistas del proletariado, en tanto que el tercero sólo es concebible entre artesanos, mas no dentro de condiciones de existencia capitalistas; o sólo si se piensa como posible una estricta conservación tradicional, universalmente realizada (y realizable), de ciertos precios de costo en el cambio de productos. En el terreno de la economía agrícola, sólo es concebible también en el caso de la producción sin capital. Pues la división capitalista de la producción desplaza desde luego la imputación de los rendimientos del suelo del lugar directo de la producción al taller donde se producen los instrumentos agrícolas, los abonos artificiales, etc., ocurriendo

pg. 645

lo mismo en el campo de la industria. Pero cuando el rendimiento es determinado por la valoración del producto en el mercado con libre competencia, el contenido de ese derecho individual pierde irremisiblemente el sentido de un "rendimiento", ya inexistente, del "trabajo", y sólo puede tener sentido como pretensión colectiva de aquellos que se encuentran en una común situación de clase. Prácticamente se convierte entonces en una pretensión relativa al living wage, esto es, una especie de "derecho al minimum de existencia determinado por las necesidades normales" a semejanza del justum pretium medieval exigido

por la ética eclesiástica, que en caso de duda era determinado mediante el examen y, eventualmente, la prueba de que, de acuerdo con los precios correspondientes, el trabajador en cuestión podía atender a su subsistencia.

El mismo *justum pretium*, aportación iusnaturalista la más importante de la doctrina económica canónica sobre el mercado, tuvo en lo general el mismo destino. Con el progreso de la comunidad de mercado se puede seguir en la literatura canonística, en lo que toca a la discusión de los motivos determinantes del *justum pretium*, la paulatina postergación de esta apreciación del valor del trabajo, correspondiente al "principio de subsistencia", por el precio derivado de la libre competencia, al que se consideraba como precio "natural". Ya en Antonino de Florencia corresponde a éste el papel predominante. Entre los puritanos dominó por supuesto de manera plena. En aquel entonces considerábase como "artificial" el precio que no descansaba sobre la libre competencia, no estorbada por monopolios u otras intervenciones humanas arbitrarias. En el mundo anglosajón, sujeto en su totalidad a la influencia puritana, este ejercicio ha ejercido su influjo hasta el presente. En virtud de su dignidad iusnaturalista, tal principio se ha revelado, en el Continente, como uno de los más firmes apoyos del ideal de la "libre competencia", lo mismo que esas teorías económicas puramente utilitarias del tipo de la tesis de Bastiat.

Todos los dogmas iusnaturalistas han influido siempre con mayor o menor intensidad sobre la creación y la aplicación del derecho. Parcialmente han sobrevivido a las condiciones económicas de su aspiración y constituyen un componente importante y autónomo del desarrollo del derecho. Desde el punto de vista formal fortalecieron la inclinación hacia el derecho lógicamente abstracto y, sobre todo, el poder de la lógica en el pensamiento jurídico. Desde el punto de vista material, su influencia no tuvo en todo caso la misma fuerza, pero siempre fue importante. No es éste el lugar adecuado para seguir en detalle tal influencia, ni las transformaciones y compromisos de los diferentes axiomas iusnaturalistas. No sólo las condiciones revolucionarias, sino también las del moderno estado racionalista prerrevolucionario y su burocracia, hallábanse influidas por dogmas iusnaturalistas y, en última instancia, derivaban la específica legitimidad del derecho creado por ellas de la "racionalidad" del mismo. Ya vimos cuan fácilmente pudo realizarse y se realizó, de acuerdo con este concepto, el viraje de lo ético y jurídico-formal a lo utilitario y técnico-material. Este viraje guarda indiscutiblemente relación, por razones que ya conocemos, con lo poderes patriarcales prerrevolucionarios, mientras que las codificaciones de la Revolución, que se realizaron bajo la

pg. 646

influencia de las clases burguesas, subrayaron y acreditaron, por el contrario, las garantías formales iusnaturalistas del individuo y su esfera

jurídica frente al poder político soberano. El desarrollo del socialismo significó primeramente el dominio creciente de los dogmas iusnaturalistas en las cabezas de las masas y especialmente en la de sus teóricos, pertenecientes a la capa intelectual. Sobre la administración de justicia no pudieron ejercer esos dogmas iusnaturalistas una influencia directa, desde luego porque, antes de que estuvieran maduros para ello, fueron destruidos por el eficaz escepticismo positivista y relativista-evolucionista de las mismas capas intelectuales. Bajo la influencia de este radicalismo antimetafísico, la esperanza escatológica de las masas buscó apoyo en profecías, en vez de buscarlo en postulados. En el terreno de las teorías jurídicas revolucionarias la doctrina del derecho natural fue destruida, a consecuencia de ello, por la dogmática evolucionista del marxismo. Por el lado de la ciencia oficial fue en parte aniquilada por los esquemas comtianos de evolución, en parte por las teorías "orgánicas" historicistas sobre el desenvolvimiento. El mismo efecto tuvo el ingrediente de la política realista (Realpolitik) que el tratamiento del derecho público asumió, bajo el peso de la moderna política de poder.

El método de los publicistas teóricos procedió, y puede de un modo completo en la actualidad, de la siguiente manera: muestra las consecuencias político-prácticas absurdas de una construcción jurídica combatida y la considera de este modo liquidada. Este método se opone directamente al del derecho natural formal. Por otra parte tampoco encierra en sí nada de derecho natural material. Por lo demás, la jurisprudencia del Continente trabajó con el axioma, no combatido en lo esencial hasta los tiempos más recientes, del "hermetismo lógico" del derecho positivo. Bentham fue quien lo proclamó por vez primera, como protesta contra el régimen de precedentes y la irracionalidad del Common Law. Indirectamente fue apoyado por todas esas direcciones que repudiaban el derecho ultrapositivo, especialmente el natural y, por tanto, también lo fue por la Escuela Histórica. Indudablemente que es difícil estorbar de un modo total la influencia latente de axiomas iusnaturalistas, inconfesados, sobre la práctica jurídica. Mas no sólo a consecuencia de la inconciliable situación de lucha de los axiomas iusnaturalistas formales y materiales entre sí o como resultado del trabajo de las distintas formas de la doctrina de la evolución, sino también a consecuencia de la progresiva disolución y relativización de todos los axiomas metajurídicos. En parte debido al racionalismo jurídico, en parte por la esceptisis del moderno intelectualismo en general, la axiomática iusnaturalista ha caído actualmente en un hondo descrédito. En todo caso ha perdido la capacidad de ser fundamento de un derecho. Comparadas con la robusta de en el carácter positivo de revelación religiosa de una norma jurídica, o en la inviolable santidad de una tradición secular, las normas obtenidas por abstracción, incluso las más convincentes, tienen en este respecto una estructura demasiado sutil. A consecuencia de ello, el positivismo jurídico avanza de manera incontenible. En principio, la desaparición de las viejas concepciones iusnaturalistas ha aniquilado la posibilidad de atribuir al

derecho como tal, en virtud de sus cualidades inmanentes, una dignidad supraempírica. Actualmente se le ha puesto al descu-

647

bierto, de manera demasiado patente en la gran mayoría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como producto y medio técnico de un compromiso de intereses. Esta extinción de su arraigo metajurídico correspondía a ese desarrollo ideológico que aumentó el escepticismo frente a la dignidad de los preceptos aislados del ordenamiento jurídico concreto, pero que, precisamente por ello, fomentó extraordinariamente la total sumisión a la autoridad, valorizada ahora sólo de modo utilitario, de los poderes que se ostentaban como legítimos. Esto ocurrió sobre todo en el círculo de los prácticos del derecho. El deber oficial de la conservación del derecho existente parece incluir a los prácticos del derecho en el círculo de las fuerzas "conservadoras". Este resultado existe en multitud de ocasiones, en el doble sentido de que los prácticos del derecho contemplan fríamente tanto el ataque a los postulados materiales "desde abajo", en nombre de ideales "sociales", como "desde arriba" en nombre de la autoridad patriarcal y de los intereses de los poderes políticos orientados hacia el bien común. Pero esto no sucede en todo caso. A los abogados corresponde especialmente, en virtud de su relación directa con las partes y su calidad de personas privadas que viven de su trabajo y son socialmente calificadas de modo variable, el papel de defensores de los no privilegiados y, sobre todo, de la igualdad jurídica formal. Ya en los movimientos populares de los comunes italianos, en todas las revoluciones burguesas de la época moderna y, con gran amplitud también, en los partidos socialistas, los jurisconsultos y abogados han desempeñado un papel sobresaliente y, en las asociaciones políticas puramente democráticas (Francia, Italia, Estados Unidos) son quienes, en su carácter de técnicos sobre cuestiones jurídicas aspiran, como honorarios y hombres de confianza de sus clientes, a las carreras políticas. Pero, en ciertas circunstancias, también los jueces han constituido una fuerte oposición a los poderes patriarcales, debido a razones ideológicas, solidaridad de clase y, ocasionalmente, a razones materiales. La estricta regulación de todos los deberes y derechos externos aparece ante ellos como un bien al que hay que tender por sí mismo, y esta fundamentación específicamente "burguesa" de su pensamiento condiciona su actitud en las luchas políticas orientadas hacia la limitación del arbitrio y gracia autoritarios y patrimoniales. Pero según que el acento recayera más sobre el hecho del "orden" como tal o más sobre la garantía y la seguridad que se concede a la esfera de la "libertad" individual (derecho como "reglamento" o como fuente de "derechos subjetivos", para aceptar la distinción de Radbruch), ocurría, una vez que la "regularidad" del orden social había sido impuesta, que la clase de los juristas estaba en ocasiones al lado de los poderes autoritarios, y otras veces al lado de los

antiautoritarios. Mas no sólo esta oposición, sino, ante todo, la vieja alternativa entre ideales jurídicos formales y materiales y la fuerte reacción, económicamente condicionada, de estos últimos, tanto desde arriba como desde abajo, determinaron el debilitamiento de la oposición de los juristas como tales. Más tarde discutiremos gracias a qué medios técnicos consiguieron los poderes autoritarios hacer inofensiva las residencias procedentes de la judicatura. Entre los motivos ideológicos generales de la transformación de esa actitud de los juristas, la desaparición de la fe en el derecho natural desempeñó un

pg. 648

papel de importancia. En cuanto la clase de los juristas revela actualmente relaciones ideológicas típicas con los poderes sociales, se inclina con mayor fuerza que nunca —tanto en comparación con los juristas de la época revolucionaria, inglesa y francesa, como con los de la época de la ilustración, incluso en el ámbito de los despotismos principesco-patrimoniales, de los parlamentos y las corporaciones comunales hasta llegar al prusiano "parlamento de los jueces de distrito" del año 60— a lado del "orden", lo que prácticamente significa hacia el lado de los poderes políticos autoritarios y "legítimos" dominantes.

§ 8. Las cualidades formales del derecho moderno

Las particularidades jurídicas en el derecho moderno. Las tendencias antiformales en el moderno desenvolvimiento jurídico. El actual derecho anglosajón. Justicia laica y tendencias estamentales de los juristas modernos.

Las peculiaridades formales fundamentales del tipo occidental especialmente moderno de la administración de justicia, nacidas sobre la base de estas creaciones jurídicas racionales y sistemáticas no son, precisamente a consecuencia de la evolución más reciente, en modo alguno inequívocas.

Los viejos principios que determinaban la confusión del derecho "subjetivo" y el derecho "objetivo", a saber: la idea de que el derecho representa una cualidad "válida" de los miembros de una asociación personal, cualidad que es monopolizada por ellos, el principio de la personalidad estamental o de linaje y su particularismo usurpado o legalizado por la corporación de los interesados o por privilegio, desaparecen, y con ello se extinguen también los procedimientos estamentales y de otras asociaciones particulares y las jurisdicciones estamentales. Pero con esto no queda hecho a un lado todo derecho particular y personal ni tampoco resulta eliminada toda jurisdicción especial. Por el contrario, precisamente el más reciente desenvolvimiento jurídico ha provocado un particularismo creciente del derecho. Lo único que se ha transformado

característicamente ha sido el principio de la delimitación de las esferas de vigencia. Típico en este respecto es uno de los casos más importantes del particularismo jurídico moderno: el derecho mercantil. Por ejemplo, de acuerdo con el Código de Comercio alemán, a este derecho especial se hallan sometidas, por una parte, ciertas clases de contratos, de los cuales el más moderno, a saber: la adquisición con el propósito de una enajenación posterior capaz de producir una ganancia, es definido, enteramente en el sentido de un derecho racionalizado, no en función de cualidades formales, sino por referencia al sentido racional con arreglo a fines implícitos en el acto contractual concreto: la "ganancia" derivada de otro acto contractual futuro. Están, además, sometidas a ese derecho ciertas especies de personas, cuya característica esencial consiste en que celebran "profesionalmente" esa clase de contratos. Lo decisivo para la delimitación de la esfera de vigencia de tal derecho es el concepto de "empresa", al que si no se alude literalmente sí por lo menos técnicamente. Pues una empresa que tiene como elementos constitutivos esos actos contractuales es empresa mercantil y los negocios jurídicos

pg. 847

de su recusación de la aspiración a "obtener ganancias" —inherentes a la actividad lucrativa—, tal como resulta evidente en el caso del funcionario que disfruta de una remuneración fija —sueldo o emolumentos— y que es, idealmente considerado, incorruptible, y que hace consistir su dignidad en no considerar su trabajo como una fuente de tipo lucrativo. El "espíritu" de la administración patrimonial, interesado en la tranquilidad, en la conservación del "sustento" tradicional y del sosiego de los súbditos, se opone recelosamente, como ya hemos visto, al desarrollo capitalista que revoluciona las condiciones dadas de vida. Ello lo hace del modo más radical dentro de la ética confuciana burocrática, pero en más reducida proporción en todas partes, mostrando especialmente un gran antagonismo contra todos los poderes económicos independientes. No es casual que el capitalismo específicamente moderno brote justamente por vez primera en aquel país —Inglaterra— donde la estructura de dominación condicionó una reducción a lo mínimo del poder burocrático, así como, por lo demás, ya el capitalismo antiguo había alcanzado su punto álgido en análogas circunstancias. Este recelo, unido a la actitud estamental de la burocracia frente al lucro racional económico, fueron también los motivos en los cuales pudo apoyarse la moderna política social del Estado, y que le allanaron el camino dentro de los Estados burocráticos y, por otro lado, determinaron su carácter y sus límites.

VI. LA DOMINACIÓN CARISMÁTICA Y SU TRANSFORMACIÓN

§1. Esencia y efectos del carisma

Naturaleza sociológica de la autoridad carismática. Fundamentos e inestabilidad de su existencia. La realeza carismática.

Tanto la estructura burocrática como la patriarcal —en tantos aspectos antagónica a la primera— son organizaciones entre cuyos rasgos más importantes figura la estabilidad. Por consiguiente, son en este sentido "organizaciones corrientes". Especialmente el poder patriarcal arraiga en la satisfacción de las necesidades normales cotidianas y tiene con ello su campo de acción originario en la economía y, en rigor, en aquellas ramas de la economía que pueden ser satisfechas con procedimientos normales y corrientes. El patriarca es el "caudillo natural" de lo cotidiano. La estructura burocrática es así sólo su contrafigura traspuesta a la esfera racional. También ella es una organización permanente y, con su sistema de normas racionales, tiene por finalidad la satisfacción mediante procedimientos normales de las necesidades corrientes susceptibles de cálculo. En cambio, la satisfacción de todas las necesidades situadas más allá de las exigencias

planteadas por la cotidianeidad económica es, en principio, enteramente heterogénea —y ello tanto más cuanto más echamos una mirada retrospectiva sobre la historia—, es decir, está fundada carismáticamente. Esto significa que los jefes "naturales", en caso de dificultades psíquicas, físicas, económicas, éticas, religiosas o políticas, no eran personas que ocupaban un cargo ni gentes que desem-

pg. 848

peñaban una "profesión", en el sentido actual del vocablo, aprendida mediante un saber especializado y practicada mediante remuneración, sino portadores de dones específicos del cuerpo y del espíritu estimados como sobrenaturales (en el sentido de no ser accesibles a todos). Por esta razón, el concepto de "carisma" es empleado aquí "sin significado axiológico". La capacidad que tenía el energúmeno árabe para el éxtasis heroico —hasta el punto de que mordía en su escudo y a su alrededor, como un perro rabioso, hasta echar a correr ávido de sangre—, la que mostraba el héroe irlandés Cuculain o el Aquiles homérico, constituían un ataque "mana" producido artificialmente por una intoxicación aguda como se ha afirmado durante mucho tiempo en lo que se refiere al Berserker —energúmeno escandinavo— (en Bizancio se conservaba un cierto número de estas "bestias rubias", lo mismo que anteriormente los elefantes de guerra, como individuos especialmente propensos a esos ataques). El éxtasis de los chamanes se debe asimismo a una epilepsia constitucional, cuya posesión y corroboración representa la facultad carismática. Para nuestro sentir, ninguna de las dos cosas es un fenómeno noble y elevado, tal como nos ocurre asimismo con la "revelación" del libro sagrado de los mormones, revelación que, por lo menos desde el punto de vista de su valoración, debería ser calificada de burda "patraña". Pero la sociología no establece tales valoraciones. El jefe de los mormones, lo mismo que los mencionados "héroes" y "magos" se corroboran ante sus partidarios como personas dotadas de un carisma. En virtud de este don, y —cuando empezó ya a ser claramente concebida la idea de Dios— en virtud de la misión divina que en él radica, ejercieron todos ellos su arte y su dominación. Esto ocurrió tanto con los médicos y profetas como con los jueces, caudillos militares o jefes de grandes expediciones de caza. En un caso especial históricamente importante (la historia del desarrollo del primitivo poder eclesiástico cristiano) debemos a Rudolf Sohm el haber determinado de un modo consecuente, el carácter sociológico de esta categoría de la estructura del poder, aunque, como es natural, de modo históricamente unilateral. Pero aunque se expresa con frecuencia del modo más puro en la esfera religiosa, se repite este hecho en principio idéntico con toda universalidad.

En oposición a toda especie de organización oficial burocrática, la estructura carismática no presenta ningún procedimiento ordenado para el nombramiento o sustitución; no conoce ninguna "carrera", ningún "ascenso", ningún "sueldo", ninguna formación profesional del portador del carisma o de sus ayudantes, ninguna autoridad a la cual se pueda apelar. Tampoco pueden asignársele jurisdicciones locales o competencias exclusivas. Y, finalmente, no existen instituciones independientes de las personas y del estado de su carisma puramente personal en la forma de las "magistraturas" burocráticas. El carisma conoce solamente determinaciones internas y límites propios. El portador del carisma abraza el cometido que le ha sido asignado y exige obediencia y adhesión en virtud de su misión. El éxito decide sobre ello. Si las personas entre las cuales se siente

enviado no reconocen su misión, su exigencia se malogra. Si la reconocen, se convierte en su "señor" mientras sepa mantener por la "prueba" tal reconocimiento. Pero no deduce su "derecho"

pg. 849

de su voluntad, en la forma de una elección, sino al revés: el desconocimiento de la facultad carismática es un deber de las personas entre las cuales predica su apostolado. Cuando la teoría china hace depender el derecho señorial del emperador del reconocimiento del pueblo, ello significa tan poco un reconocimiento de la soberanía del pueblo como la necesidad del "reconocimiento" del profeta por los creyentes en la antigua comunidad cristiana. En dicha teoría se caracteriza el carácter carismático de la posición ocupada por el monarca debida a facultades personales y la corroboración de las mismas. Como es natural, el carisma puede ser y es regularmente distinto desde el punto de vista cualitativo. De su mismo interior y no del orden externo se derivan los límites cualitativos de la misión y el poder de su portador. Según su sentido y contenido, la misión puede dirigirse —y normalmente lo hace— a un grupo de hombres determinado por circunstancias locales, étnicas, sociales, políticas, profesionales o de cualquier otra especie. Entonces halla sus límites en tal círculo. En todas las cosas, y también en su base económica, el dominio carismático es justamente lo contrario del burocrático. Si se apoya en ingresos continuos y, por tanto, cuando menos a potiori, en una economía monetaria y en contribuciones en dinero, el carisma vive en este mundo y, a pesar de ello, no es de este mundo. Entretanto se entenderá de un modo justo. No raramente rechaza de una manera completamente consciente la posesión de dinero y todo ingreso en cuanto tal, como hicieron San Francisco y muchos de sus seguidores. Pero esto no constituye, naturalmente, la regla. También un pirata genial puede ejercer un dominio "carismático" en el sentido, desprovisto de toda valoración, aquí apuntado. Y los héroes políticos carismáticos van en busca de botín y sobre todo justamente de oro. Pero siempre —y ello es decisivo— el carisma rechaza como indigna toda ganancia racional sistemática y, en general, toda economía racional. En ello radica su ruda oposición inclusive a toda estructura "patriarcal", la cual se basa en la gestión ordenada de la "hacienda" del señor. En su forma "pura", el carisma no es nunca para sus portadores una fuente de lucro privado en el sentido del aprovechamiento económico en forma de un intercambio de servicios, pero no lo es tampoco en el sentido de una retribución. Tampoco reconoce ninguna reglamentación de impuestos para las necesidades objetivas de su misión. Pero cuando se trata de una misión pacífica se le facilitan económicamente los medios indispensables, ya sea por el mecenazgo individual o por regalos honoríficos, ofrendas y otras prestaciones voluntarias realizadas por las personas a las cuales se dirige, o bien —como ocurre entre los héroes guerreros carismáticos—, el botín representa al propio tiempo una de las finalidades y los medios materiales de la misión. En oposición a todo dominio "patriarcal" (en el sentido del vocablo tal como aquí lo empleamos), el carisma "puro" es lo contrario a toda gestión económica ordenada; es justamente el poder antieconómico, también, y precisamente, cuando, como el héroe guerrero carismático, persigue la adquisición de bienes. Tiene este carácter porque, por naturaleza, no se trata de ninguna entidad "institucional" y si se presenta en su tipo "puro" puede ser justamente

lo contrario. Con el fin de poder cumplir su misión, los portadores del carisma —tanto el señor como los discípulos y los secuaces— deben

pg. 850

actuar desvinculados de este mundo, de todos los cometidos ordinarios y de todo deber familiar. La exclusión de la aceptación de cargos eclesiásticos por el estatuto de los jesuitas, la prohibición de poseer bienes para los miembros de la Orden o inclusive — como ocurría según la regla primitiva de San Francisco— para la Orden misma, el celibato del sacerdote y de los caballeros de una orden, el celibato de hecho de numerosos portadores de un carisma profético o estético constituyen expresiones del "apartamiento mundano" por parte de aquellos que tienen una participación (κληῖρος) en el carisma. Pero según la especie del carisma y de la forma de vida que corresponde a su sentido (por ejemplo, según sea religiosa o artística), las condiciones económicas de la participación pueden ofrecer un aspecto exteriormente opuesto. Por lo tanto, es tan consecuente en este aspecto el hecho de que los modernos movimientos carismáticos de origen artístico consideren los "hombres independientes sin profesión" (en el lenguaje cotidiano: rentistas) como los secuaces normalmente más calificados del apóstol carismático, como lo fue entre los frailes medievales el mandato de pobreza que exigía justamente, desde el punto de vista económico, todo lo contrario.

Consiguientemente, la situación de la autoridad carismática es por su misma naturaleza específicamente inestable. El portador puede perder el carisma, sentirse "abandonado de su Dios", como Jesús en la cruz, mostrarse a sus adeptos como "privado de su fuerza". Su misión queda entonces extinguida, y la esperanza busca un nuevo portador carismático. Pero le abandonan sus adeptos, pues el carisma puro no reconoce ninguna otra "legitimidad" que la derivada de la propia fuerza que incesantemente se justifica. El héroe carismático no deriva su autoridad, como ocurre en las "competencias" oficiales, de normas y reglas o, como en el poder patrimonial, de la tradición o de la promesa de fidelidad feudal. Sólo la alcanza y la mantiene por la prueba de sus propias energías en la vida. Si quiere ser un profeta, debe hacer milagros; si quiere ser un caudillo guerrero, debe realizar acciones heroicas. Pero ante todo debe "probar" su misión divina por el hecho de que a las personas que a él se consagran y en él crecen les va bien. Cuando no ocurre tal cosa, no es ya manifiestamente el señor que ha sido enviado por los dioses. Este grave sentido del auténtico carisma se encuentra evidentemente en radical oposición a las cómodas pretensiones del actual "legitimismo", con su referencia a los "inescrutables" designios de Dios, "ante el cual sólo el monarca es responsable", en tanto que el auténtico jefe carismático es, por el contrario, responsable ante los dominados. Y lo es sólo y exclusivamente por cuanto se trata, realmente, del señor querido por Dios. El portador de un poder que en gran parte es todavía auténticamente carismático, tal como, por ejemplo (según la teoría), lo fue el del monarca chino, se acusa públicamente ante el pueblo de sus propios pecados y defectos cuando su gobierno no consigue vencer alguna dificultad sobrevenida a los dominados, tanto si se trata de inundaciones como de guerras perdidas, tal como lo hemos visto todavía en los últimos decenios. Si esta penitencia no aplaca a los dioses, aguarda el destronamiento y la muerte, que con mucha

frecuencia son realizados en calidad de sacrificio expiatorio. Tiene, por ejemplo, en Meng-tse (Mencius) dicho sentido específico la frase de que

pg. 851

“voz del pueblo, voz del Cielo” (según él, la única forma en que Dios habla). Al cesar el reconocimiento del pueblo, el soberano es (como se dice explícitamente) un simple hombre privado, y cuando pretende ser más acaba por considerársele un usurpador culpable. En una forma nada patética vuelve a encontrarse este estado de cosas — correspondiente a esas proposiciones que suenan tan revolucionarias— entre las formas primitivas de asociación, donde el carácter carismático está adherido a casi todas las autoridades primitivas, con excepción del poder doméstico, y donde el caudillo es abandonado con mucha frecuencia cuando no alcanza el resultado esperado.

El "reconocimiento" puramente fáctico, más activo más pasivo, de su misión personal por los dominados, en los cuales se apoya el poder del jefe carismático, tiene su origen en la fiel consagración a lo extraordinario e inaudito, ajeno a toda norma y tradición y, con ello, en virtud de proceder de la indignancia y del entusiasmo, a lo estimado como divino. Por eso la dominación auténticamente carismática no reconoce principios y reglamentos abstractos, no admite ninguna jurisdicción "formal". Su derecho "objetivo" es el resultado concreto de la vivencia personal de la gracia celestial y de la heroica fuerza divina. Significa así la exclusión de la vinculación a todo orden externo en favor de la glorificación única y exclusiva del auténtico carácter heroico y profético. Por eso se comporta revolucionariamente, invirtiendo todos los valores y rompiendo absolutamente con toda norma tradicional o racional: "está escrito, pero yo os digo". La forma carismática específica de la solución de las querellas consiste en la revelación por los profetas o por el oráculo, así como por el arbitraje "salomónico" de un sabio carismáticamente calificado, juicio de valor que, aun encarnado en sentencias estrictamente concretas e individuales, exige una validez absoluta. Aquí radica la verdadera "justicia del Cadí", en el sentido proverbial y no histórico de la frase. Pues la "justicia del Cadí" islámico en su manifestación real histórica se halla justamente vinculada a la tradición sagrada y a su interpretación con frecuencia sumamente formalista, y con ello se eleva hasta una valoración individual del caso particular sólo y precisamente cuando fracasan aquellos medios de conocimiento. La justicia auténticamente carismática hace siempre lo siguiente: es en su forma pura la extrema contraposición a la vinculación formal y tradicional, y es tan independiente de la santidad de la tradición como de las deducciones racionalistas procedentes de conceptos abstractos.

No debe discutirse aquí de qué manera se realiza la referencia a lo *aequum et bonum* en la jurisprudencia romana y el sentido originario de la *equity* inglesa con respecto a la justicia carismática en general y con respecto a la justicia teocrática del Cadí islámico en particular.* Pero ambas son productos en parte de una jurisprudencia ya fuertemente racionalizada, y en parte de conceptos del derecho natural abstracto. En todo caso, el ex fide bona contiene una referencia a las buenas "costumbres" del tráfico comercial y significa, por consiguiente, tan poco una auténtica justicia irracional como, por ejemplo, nuestra "libre discreción del juez". En cambio, son derivados de la justicia carismática todas las clases de ordalías consideradas como medios

de prueba. Pero en tanto que colocan en lugar de la autoridad personal de un portador de carisma el mecanismo sujeto a normas con vistas a la averiguación formal de la voluntad divina, pertenecen ya al terreno de aquella "objetivación" del carisma a que pronto haremos referencia.

Como hemos visto, la misma racionalización burocrática puede ser y ha sido con frecuencia un poder revolucionario de primera fila contra la tradición. Pero esta racionalización introduce una revolución por medios técnicos. Lo hace en principio —lo mismo que toda transformación del estado económico— "desde fuera". Trastorna primero las cosas y las organizaciones; luego, los hombres. La transformación de estos últimos se efectúa en el sentido del desplazamiento de sus condiciones de adaptación y eventualmente en el sentido de la elevación de sus posibilidades de adaptación al mundo externo por el establecimiento de medios y fines racionales. En cambio, el poder del carisma de basa en la creencia, en la revelación y en los héroes, en la convicción emotiva de la importancia y del valor poseídos por una manifestación de tipo religioso, ético, artístico, científico, político o de otra especie, del heroísmo —tanto guerrero como ascético—, de la sabiduría judicial, de los dones mágicos o de cualquier otra clase. Esta creencia transforma "desde dentro" a los hombres e intenta conformar las cosas y las organizaciones, de acuerdo con su voluntad revolucionaria. La oposición debe entenderse con justeza. A pesar de toda la considerable diversidad de las esferas en las cuales se mueven, las "ideas" religiosas, artísticas, éticas, científicas y todas las demás, especialmente las "ideas" de organización política o social, se han originado, desde el punto de vista psicológico, de un modo esencialmente idéntico. Se trata de una "valoración" subjetiva "al servicio de la época", que a unos les recomienda el "entendimiento" y a otros la "intuición" (u otra cosa cualquiera). La "fantasía" matemática de un Weyerstrass, por ejemplo, es una "intuición" exactamente en el mismo sentido que la de un artista, de un profeta o de un... demagogo. No radica en esto la diferencia. (Y, por lo demás, inclusive en la esfera "estimativa" que aquí no nos concierne, coinciden totalmente en el hecho de que todas ellas —inclusive la intuición artística— significan, con el fin de objetivarse y, por consiguiente, para demostrar en general su realidad, una "captación" o, si se quiere, "ser captado" por las exigencias de la "obra", y no un "sentimiento" o una "vivencia" subjetiva como otra cualquiera.) En general —y esto debe declararse taxativamente para comprender la significación del "racionalismo" —, la diferencia no radica en la persona o en las "vivencias" "psíquicas" del creador de las ideas u "obras", sino en la forma en que son interiormente "apropiadas" o "vividas" por los dominados o seguidores. Antes hemos visto ya que la racionalización se efectúa de tal suerte, que la gran masa de los secuaces se apropia exclusivamente las resultantes externas, técnicas, prácticas para sus propios intereses, o se adapta a ellas (del mismo modo que nosotros "aprendemos" la tabla de multiplicar y muchos juristas la técnica del Derecho), en tanto que el contenido en "ideas" de su creador es para ella algo de poca importancia. Esto quiere indicar que la racionalización y la "organización" racional

introducen una revolución "desde fuera" en tanto que el carisma, cuando ejerce en general sus funciones específicas, manifiesta su poder revolucionario

pg. 853

desde dentro, desde una "metanoia" central del carácter de los dominados. Mientras la organización burocrática sustituye sólo la creencia en la santidad de lo que ha sido siempre de un modo determinado, las normas de la tradición, por la acomodación a las normas establecidas por adecuación a una finalidad, al saber de que, cuando se tiene el poder para ello, pueden ser sustituidas por otras reglas y, consiguientemente, no son nada "sagrado", el carisma transforma en sus formas más desarrolladas las normas y las tradiciones e invierte todos los conceptos de lo sagrado. En vez de la veneración por lo usual, por lo sagrado en virtud de tal circunstancia, trata de obtener la interna sumisión a lo que no ha existido todavía, a lo absolutamente único y, consiguientemente, a lo divino. En este sentido puramente empírico y desprovisto de toda valoración constituye, ciertamente, el poder revolucionario específicamente "creador" de la historia.

Si tanto el poder carismático como el patriarcal se basan en la consagración personal y en la autoridad personal ejercida por los "jefes naturales" en oposición a los jefes "establecidos" de la organización burocrática, tal veneración y tal autoridad son en ambos casos muy distintas. El patriarca disfruta de ellas, lo mismo que el funcionario, en calidad de portador de disposiciones que no solamente han sido establecidas, como las leyes y reglamentos de la burocracia, con finalidades humanas, sino que desde tiempos inmemoriales ofrecen un carácter absolutamente válido. El portador del carisma las disfruta en virtud de una supuesta misión encarnada en su persona, misión que, si no siempre y de un modo absoluto, sí por lo menos en sus representaciones más altas, posee un carácter revolucionario, subversivo de valores, costumbres, leyes y tradición. Por inestable que sea la situación de un poder patriarcal en manos de su portador concreto, representa en todos los casos una estructura social de dominio que, en oposición a la estructura carismática procedente de las situaciones de urgencia y entusiasmo extraordinarios, se pone al servicio de lo cotidiano y, como lo cotidiano, permanece inalterable en su función a través de todos los cambios de personas y de ambiente. Ambas formas estructurales son accesibles a todas las esferas de la vida. Bajo régimen patriarcal, organizados en linajes y sometidos a la autoridad del jefe familiar, combatieron muchos de los antiguos ejércitos germánicos. Patrimonialmente organizados estuvieron los antiguos ejércitos de los monarcas orientales compuestos de colonos, así como los contingentes del ejército de los francos sometidos a sus respectivos señores. La función religiosa del señor doméstico y del culto divino doméstico sigue subsistiendo junto al culto oficial y junto a los grandes movimientos, casi siempre revolucionarios, del profetismo carismático. Pero al lado del jefe en tiempos de paz, que se ocupa de las necesidades económicas cotidianas de la comunidad, y al lado del reclutamiento popular en caso de una guerra común, se encuentra —entre los germanos y los indios— el héroe guerrero carismático, acompañado de un séquito voluntario. Y en los casos de guerra oficial común, las autoridades normales en épocas de paz son sustituidas con frecuencia por el jefe guerrero que, en virtud de sus hazañas, es ad hoc nombrado "duque". Tanto en

el sector político como en el religioso, la estructura patriarcal basada en la costumbre, en el respeto a la tradición, a los antepasados, en

pg. 854

la devoción a los mayores y en la fidelidad personal, se pone al servicio de las necesidades cotidianas tradicionales, en oposición al papel revolucionario del carisma. También se encuentra en el sector económico. La economía, en cuanto conjunto duradero y ordenado de acciones con vistas a la previsión sistemática para la satisfacción de las necesidades materiales, es el suelo específico de la estructura patriarcal de dominio, así como de la estructura burocrática con su correspondiente racionalización hasta desembocar en la "empresa". Sin embargo, en modo alguno se halla ausente de carisma. Entre los pueblos primitivos muestra con gran frecuencia rasgos carismáticos una rama en otro tiempo importante, pero con el aumento de la cultura material cada vez menos significada, de la satisfacción de las necesidades económicas: la caza, la cual se halla organizada de un modo parecido a la guerra y es tratada luego y durante mucho tiempo como un fenómeno enteramente equivalente a ella (como lo muestran todavía las inscripciones reales asirias). Pero también en el terreno de la economía específicamente capitalista se encuentra el antagonismo entre el carisma y lo cotidiano. Ahora bien, aquí no se oponen entre sí el carisma y el "hogar", sino el carisma y la "empresa". Cuando Henry Villard organizó el célebre blind pool con el fin de dar un ataque de sorpresa en la Bolsa sobre las acciones del Northern Pacific Railroad, pidió al público, sin indicar la finalidad y para una empresa cuyo carácter dejaba impreciso, la suma de 50 millones de libras esterlinas, y los tomó prestados sin garantía y en virtud de su sola fama, este fenómeno — lo mismo que otros de análoga factura— representó el ejemplo de un grandioso capitalismo de presa y de la constitución de una comunidad económica que, por su "espíritu", era muy distinta de la dirección racional de una "empresa" regular del capitalismo, pero que se parecía enteramente a las grandes explotaciones financieras y coloniales y al "comercio ocasional", mezcla de piratería y caza de esclavos que había existido desde los tiempos más antiguos. La comprensión de la naturaleza dual de lo que puede llamarse "espíritu capitalista", así como la comprensión de la peculiaridad específica del capitalismo burocrático moderno de "carácter profesional", dependen justamente de que se aprenda a separar conceptualmente estos dos elementos estructurales que se entrelazan en todas partes, pero que en su última esencia son diferentes entre sí.

Aun cuando la situación de una autoridad "puramente" carismática en el sentido aquí empleado de este vocablo no puede ser concebida, cuanto más puramente conserva su carácter, como una "organización" en el sentido habitual de una asociación de hombres y cosas según los principios de finalidad y medio, significa menos un estado amorfo de falta de estructura que una forma estructural social con órganos personales y un aparato de prestaciones y bienes adaptado a la misión del portador del carisma. Los auxiliares, una forma específica de aristocracia carismática dentro del grupo, representan una limitada agrupación de partidarios reunidos de acuerdo con el principio del discipulado y de la fidelidad al séquito, seleccionados de acuerdo con las facultades personales carismáticas.

Las prestaciones reales, aunque formalmente libres, sin normas y sin estabilidad, son consideradas, en la medida exigida por la satisfacción de las necesidades, como un deber de concien-

pg. 855

cia de las personas carismáticamente dominadas y se cumplen de acuerdo con la necesidad y los alcances. El séquito o el discipulado no recibe sus medios materiales de subsistencia u ocupa su oposición social, —sobre todo a medida que aumenta la pureza de la estructura carismática— mediante prebendas, salarios o cualquier tipo de remuneración, títulos o puestos fijamente establecidos. Mientras la subsistencia del individuo no esté asegurada de otra manera, disponen en una comunidad autoritariamente dirigida del usufructo de aquellos bienes que afluyen al maestro en calidad de presentes honoríficos, botines, donaciones. El maestro los reparte entre ellos sin necesidad de pactos o compensaciones. Eventualmente tienen también derecho a formar parte de la comunidad de mesa, a dotaciones y regalos honoríficos del jefe carismático. Idealmente tienen derecho a participar en la estimación y en el honor sociales, políticos y religiosos que se tributan al maestro. Toda excepción en esta materia enturbia la pureza de la estructura carismática y conduce a otras formas estructurales.

Por consiguiente, al lado de la comunidad doméstica el carisma es el segundo gran portador histórico del comunismo, si por él entendemos la ausencia de "cálculo" en el uso de los bienes y no la organización racional de su producción con vistas a cualquier ordenación ("socialismo"). En este sentido, todo "comunismo" históricamente conocido tiene su campo de acción en la esfera tradicional —y esto quiere decir patriarcal (comunismo doméstico), y sólo en esta forma ha sido y es todavía un fenómeno de lo cotidiano, o bien se basa en la esfera extracotidiana del temple de ánimo carismático y es entonces cuando se lleva a sus últimas consecuencias, 1) comunismo de campamento y botín, o 2) comunismo de amor del convento con sus degeneraciones y su reducción hasta la "caritas" y la limosna. El primer tipo (en fases de diferente pureza) se encuentra en las organizaciones guerreras carismáticas de todos los tiempos, desde el Estado bandolero de las islas ligúricas hasta la organización islámica bajo el Califa Omar, las Órdenes guerreras de la cristiandad y del budismo japonés. El segundo tipo de encuentra en cierto modo en la cumbre de todas las religiones, perdura dentro de las comunidades religiosas —del monacato— y se encuentra en las numerosas comunidades pietistas (Labadie) y otras asociaciones de alto fervor religioso. Tanto la conservación del primer temple de ánimo heroico como de la primera forma de santidad aparece ante sus auténticos representantes como algo vinculado al mantenimiento de los principios comunistas y a la ausencia de la voluntad de posesión individual. Y ello con razón. El carisma es un poder en principio situado fuera de lo habitual y, por consiguiente, necesariamente fuera de lo económico, comprometido en su virulencia tan pronto como los intereses de carácter económico cotidiano alcanzan la preponderancia, tal como parece estar siempre a punto de ocurrir en todas partes. Las "prebendas" —las "congruas" distribuidas que sustituyen a la antigua manutención comunista procedente de los depósitos comunes— constituyen el primer paso para llegar a tal situación. Los

representantes del auténtico carisma intentan por todos los medios poner coto a esta disgregación. Todos los Estados guerreros específicos, como lo ha sido de un modo típico Esparta, han conservado restos del comunismo carismático y han intentado pre-

pg. 856

servar a los héroes de la "tentación" de poseer bienes o de dedicarse a la actividad lucrativa racional, en el mismo sentido en que lo hacen las Órdenes religiosas. El compromiso entre estos restos de los antiguos principios carismáticos y los intereses económico-individuales —que se introducen con la prebendalización y que constantemente están aflorando— se efectúa sobre las más diversas bases. Pero la ilimitada autorización que se concede en última instancia para fundar familias y dedicarse a la actividad adquisitiva constituye el fin del dominio ejercido por el auténtico carisma. Sólo el peligro común del campamento militar o la comunidad basada en el amor de un discipulado ajeno al mundo conserva el comunismo. Y sólo éste garantiza a su vez la pureza del carisma frente a los intereses de lo cotidiano.

En esta situación de una vida ardientemente emocional y ajena a la economía, continuamente amenazada con la muerte lenta por asfixia bajo el peso de los intereses materiales, se encuentra todo carisma en cada momento de su existencia, y con mayor intensidad a medida que el tiempo avanza.

§ 2. Origen y transformación de la autoridad carismática

Cotidianización del carisma. El problema de la selección del jefe. (La designación del sucesor.) Aclamación carismática. Tránsito al sistema electivo democrático. Elementos carismáticos en el sistema de "representantes". Jefatura de partido: carismática, burocrática y a base de notables. La realeza y otras formas permanentes de origen carismático. La "objetivación" del carisma; carisma gentilicio y doméstico; "Estado de linajes"; Primogenitura. Carisma del cargo. Posibilidad de adquisición del carisma objetivado. Educación carismática. Plutocratización de la adquisición del carisma. Legitimación carismática del orden existente.

La creación de un dominio carismático en el sentido "puro" antes descrito es siempre el resultado de situaciones singularmente extremadas —especialmente de situaciones políticas o económicas, o psíquicas internas, sobre todo religiosas—, y se origina por una excitación común a un grupo de hombres, excitación surgida de lo extraordinario y tendiente a la consagración al heroísmo, de cualquier clase que sea. Pero de aquí se desprende que la fuerza de una inquebrantable unidad y solidez, tanto por la fe del portador mismo y de sus discípulos en su carisma —tenga carácter profético o sea de cualquier otra clase— como por la de los adeptos en el valor de su miseria sólo se da en el status nascendi. Si el movimiento que ha arrancado a un grupo dirigido carismáticamente del círculo de lo cotidiano refluye otra vez en este último, el puro dominio del carisma queda cuando menos refrenado, trasladado al campo de lo "institucional" y falseado. Entonces, es sometido a una mecanización, o es sustituido por principios enteramente

diferentes o confundido y combinado con ellos en las formas más diversas, de suerte que sólo la consideración teórica puede destacarlo como un componente de la realidad empírica.

Por lo tanto, el dominio carismático "puro" es, en un sentido enteramente específico, algo inestable, y todas sus alteraciones tienen, en última instancia, el mismo origen. Normalmente, el deseo del jefe mismo, en todas las ocasiones el de sus discípulos y casi siempre el anhelo de los adeptos

ÍNDICE GENERAL

Nota a nuestra segunda edición en español.....	VII
Prólogo a la cuarta edición, por JOHANNES WINCKELMANN.....	VIII
Nota preliminar de la primera edición en español, por JOSÉ MEDINA ECHAVARRÍA.....	XVII
Del prólogo a la primera edición, por MARIANNE WEBER.....	XXIII
Prólogo a la segunda edición, por MARIANNE WEBER.....	XXIII

PRIMERA PARTE: TEORÍA DE LAS CATEGORÍAS SOCIOLOGICAS

I. Conceptos sociológicos fundamentales.....	5
1. Concepto de la sociología y del "significado" en la acción social.....	5
I. Fundamentos metodológicos.....	6
II. Concepto de la acción social.....	18
2. Principios determinantes de la acción social.....	20
3. La relación social.....	21
4. Tipos de actos sociales: uso, costumbre.....	23
5. Concepto de orden legítimo.....	25
6. Tipos de orden legítimo: convención y derecho.....	27
7. Validez del orden legítimo: tradición, creencia, estatuto.....	29
8. Concepto de lucha.....	31
9. Comunidad y sociedad.....	33
10. Relaciones "abiertas" y "cerradas".....	35
11. Consecuencias de la acción. Representación.....	37
12. Concepto y clases de asociación.....	39
13. Órdenes de una asociación.....	40
14. Orden administrativo y orden regulador.....	41
15. Empresa y asociación de empresa, unión, instituto.....	42

16. Poder, dominación.....	43
17. Asociación política, asociación hierocrática.....	43
II. Las categorías sociológicas fundamentales de la vida económica.....	46
1. Concepto de economía.....	46
2. Concepto de utilidad.....	50

pg. 1240

3. Orientación económica de la acción.....	51
4. Normas típicas de la economía racional.....	52
5. Tipos de asociaciones económicas.....	55
6. Medio de cambio, medio de pago, dinero.....	56
7. Consecuencias fundamentales del uso típico del dinero. Crédito.....	60
8. Situación de mercado, mercabilidad, libertad de mercado, regulación de mercado.....	62
9. Racionalidad formal y racionalidad material de la economía.....	64
10. Racionalidad del cálculo en dinero.....	65
11. Concepto y tipos de adquisición, cálculo de capital.....	68
12. Cálculo natural y economía natural.....	76
13. Condiciones de la racionalidad formal del cálculo en dinero.....	82
14. Economía de cambio y economía con arreglo a plan.....	83
15. Tipos de la distribución económica de servicios (Generalidades).....	87
16. Formas de articulación técnica de servicios.....	91
17. Formas de articulación técnica de servicios (conclusión).....	93
18. Formas sociales de la distribución de servicios.....	94
19. Apropiación de la utilización de servicios.....	97
20. Apropiación de los medios de producción.....	102
21. Apropiación de los servicios de disposición.....	107
22. Expropiación de los trabajadores de los medios de producción.....	108
23. Expropiación de los trabajadores de los medios de producción (conclusión).....	110
24. Profesión y tipos de división de profesiones.....	111
24 a. Formas principales de las relaciones de apropiación y mercado.....	115

25. Condiciones de rendimiento calculable: adaptación, ejercicio del trabajo, inclinación al trabajo, etc.....	120
26. Comunidades con servicios ajenos al cálculo: formas de comunismo.....	123
27. Bienes de capital, cálculo de capital.....	124
28. Concepto y formas de comercio.....	125
29 a. Concepto y formas de comercio (conclusión).....	128
30. Condiciones del grado máximo de racionalidad formal del cálculo de capital.....	131
31. Direcciones típicas en la orientación "capitalista" del lucro.....	132
32. La concepción del dinero en el Estado moderno y las distintas clases de dinero: dinero corriente.....	134

pg. 1241

33. Dinero interior.....	142
34. Dinero notal.....	144
35. Validez formal del dinero.....	146
36. Medios y fines de la política monetaria.....	147
Digresión sobre "la teoría estatal del dinero".....	151
37. Importancia extramonetaria de las asociaciones políticas para la economía.....	159
38. El financiamiento de asociaciones políticas.....	159
39. Repercusión sobre las economías privadas.....	163
40. Influencia de la economía sobre la formación de asociaciones.....	165
41. Los móviles de la economía.....	166
III. Los tipos de dominación.....	170
I. Las formas de legitimidad.....	170
1. Definición, condición y clases de dominación. Legitimidad.....	170
2. Los tres tipos puros de dominación legítima: dominación racional, dominación tradicional y dominación carismática.....	172
II. La dominación legal con administración burocrática.....	173
3. Dominación legal: tipo puro mediante cuadro administrativo burocrático.....	173
4. Dominación legal: tipo puro mediante cuadro administrativo burocrático (conclusión).....	175
5. La administración burocrático-monocrática.....	178
III. Dominación tradicional.....	180
6. Definición.....	180
7. Condiciones.....	181
7a. Gerontocracia, patriarcalismo, patrimonialismo.....	184
8. Sostén del servidor patrimonial.....	188
9. Dominación estamental-patrimonial.....	189

9a. Dominación tradicional y economía.....	190
IV. Dominación carismática.....	193
10. Dominación carismática, sus características y comunicación.....	193
V. La rutinización del carisma.....	197
11. La rutinización del carisma y sus efectos.....	197
12. La rutinización del carisma y sus efectos (continuación).....	199
12a. La rutinización del carisma y sus efectos (conclusión).....	201
VI. Feudalismo.....	204

pg. 1242

12 b. Feudalismo, feudalismo de feudo.....	204
12 c. Feudalismo prendario y otros tipos de feudalismo.....	208
13. Mezcla de los distintos tipos de dominación.....	211
VII. La transformación antiautoritaria del carisma.....	214
14. La transformación antiautoritaria del carisma.....	214
VIII. Colegialidad y división de poderes.....	217
15. Colegialidad y división de poderes.....	217
16. División específica de poderes.....	226
17. Relaciones de la división política de deberes con la economía.....	227
IX. Partidos.....	228
18. Concepto y naturaleza de los partidos.....	228
X. Administraciones no autoritarias y administraciones de representantes.....	232
19. Administraciones no autoritarias y administraciones de representantes.....	232
20. Administración de honoratarios.....	233
XI. Representación.....	235
21. Naturaleza y formas de la representación.....	235
22. Representación por representantes de intereses.....	239
IV. Estamentos y clases.....	242
I. Conceptos.....	242
1. Conceptos.....	242
2. Significación de las clases lucrativas.....	244
3. Concepto de la situación estamental, del estamento.....	245
Apéndice: Estamentos militares.....	246

SEGUNDA PARTE: LA ECONOMÍA Y LOS ÓRDENES Y PODERES SOCIALES

I. La economía y los diversos órdenes.....	251
1. Orden jurídico y orden económico.....	251
2. Orden jurídico, convención y costumbre.....	258
3. Significación y límites de la coacción jurídica para la economía.....	268
II. Economía y sociedad en general.....	273
1. Esencia de la economía. Comunidad economía, comunidad de gestión y de regulación.....	273

pg. 1243

2. Relaciones económicas "abiertas" y "cerradas".....	276
3. Formas de comunidad e intereses económicos.....	278
4. Formas de economía.....	282
5. Formas de regulación económica.....	285
III. Tipos de comunidad y sociedad.....	289
1. La comunidad doméstica.....	289
2. Comunidad vecinal, comunidad económica y ayuntamiento.....	293
3. Las relaciones sexuales en la comunidad doméstica.....	296
4. El clan y la regulación de las relaciones sexuales.....	297
5. Relaciones con la organización militar y económica. El "régimen de bienes en el matrimonio" y el derecho sucesorio.....	301
6. La disolución de la comunidad doméstica: cambios de su posición funcional y "calculabilidad" creciente. Nacimiento de las modernas sociedades mercantiles.....	306
7. El desarrollo hacia la forma de oikos.....	311
IV. Comunidades étnicas.....	315
1. La "raza".....	315
2. Nacimiento de los caracteres raciales.....	316
3. Relación con la comunidad política.....	322
4. "Nacionalidad" y "prestigio cultural".....	324
V. Sociología de la comunidad religiosa (Sociología de la religión).....	328
1. El nacimiento de las religiones.....	328
2. Mago y sacerdote.....	345
3. Concepto de Dios. Ética religiosa. Tabú.....	347
4. El "profeta".....	356

5. Congregación.....	364
6. Saber sagrado. Predica. Cura de almas.....	369
7. Estamentos, clases religión.....	376
8. El problema de la teodicea.....	412
9. Salvación y renacimiento.....	417
10. Los caminos de salvación y su influjo en los modos de vida.....	420
11. Ética religiosa y "mundo".....	452
12. Las religiones universales y el "mundo".....	475

VI. Mercado (incompleto).....	493
-------------------------------	-----

VII. Economía y derecho (Sociología del derecho.....	498
1. La diferenciación de los campos jurídicos objetivos.....	498
2. El carácter formal del derecho objetivo.....	512

pg. 1244

3. Las formas de creación de los derechos subjetivos.....	532
4. Los tipos del pensamiento jurídico y los honorarios.....	588
5. Racionalización formal y material del derecho.....	603
6. Imperium y poderes principescos patrimoniales en su influencia sobre las cualidades formales del derecho. Las codificaciones.....	621
7. Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el derecho natural.....	639
8. Las cualidades formales del derecho.....	648

VIII. Las comunidades políticas.....	661
--------------------------------------	-----

1. Naturaleza y "legitimidad" de las asociaciones políticas.....	661
2. Las facies de desarrollo en la formación de las comunidades políticas.....	663
3. El prestigio del poder y las "grandes potencias".....	668
4. Los fundamentos económicos del "imperialismo".....	671
5. La "nación".....	678
6. División del poder en la comunidad: clases, estamentos, partidos.....	682

IX. Sociología de la dominación.....	695
--------------------------------------	-----

I. Estructuras y funcionamiento de la dominación.....	695
---	-----

1. Poder y dominación. Formas de transición.....	695
2. Dominación y gobierno. Naturaleza y límites del gobierno democrático.....	701

3. La dominación mediante "organización". Los fundamentos de su legitimidad.....	704
II. Los tres tipos puros de la dominación legítima.....	706
III. Esencia, supuestos y desarrollo de la dominación burocrática.....	716
IV. Dominación patriarcal y patrimonial.....	753
V. Feudalismo, Estado estamental y patrimonialismo.....	810
VI. La dominación carismática y su transformación.....	847
1. Esencia y efectos del carisma.....	847
2. Origen y transformación de la autoridad carismática.....	856
3. La disciplina y la objetivación del carisma.....	882
VII. Dominación política y hierocracia.....	889
VIII. La dominación no legítima (tipología de las ciudades).....	938
1. Concepto y categorías de la ciudad.....	938
pg. 1245	
2. La ciudad de Occidente.....	955
3. La ciudad de linajes en la Edad Media y en la Antigüedad.....	975
4. La ciudad plebeya.....	998
5. Democracia antigua y medieval.....	1024
IX. La institución estatal nacional y los partidos políticos y parlamentos modernos (Sociología del Estado).....	1047
1. El origen del Estado racional.....	1047
2. El Estado racional como asociación de dominio institucional con el monopolio del poder legítimo.....	1056
3. La empresa estatal de dominio como administración. Dirección política y burocrática.....	1060
4. Los partidos y su organización.....	1076
5. El Parlamento como órgano estatal y el problema de la publicidad administrativa. La tarea de la selección del jefe.....	1095
6. Parlamentarismo y democracia.....	1103

APÉNDICE

Los fundamentos racionales y sociológicos de la música.....	1118
ÍNDICE DE NOMBRES PROPIOS Y GEOGRÁFICOS.....	1185
ÍNDICE DE MATERIAS.....	1195